

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
FACULTÉ D'ÉLIRE
EN MATIÈRE DE LEGS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 17 janvier 1907, à 2 h. 1/2

PAR

GEORGES TUILLERIE

Président : M. A. BOISTEL.
Suffragants : } MM. MASSIGLI, }
 } AMB. COLIN, } professeurs.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1907

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
FACULTÉ D'ÉLIRE
EN MATIÈRE DE LEGS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 17 janvier 1907, à 2 heures 1/2

PAR

GEORGES TUILLERIE

Président : M. A. BOISTEL.

Suffragants : { MM. MASSIGLI, }
 AMB. COLIN, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1907



A MON CHER ONCLE

ALFRED FOUILLÉE

en témoignage de ma profonde gratitude.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil.
Audouin. — Des dispositions en faveur des personnes incertaines. Thèse Paris, 1890.
Boniface. — Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence.
Bayle-Mouillard. — Traité des donations et des testaments.
Dalloz. — *Répertoire*, V^o *Faculté d'élire*.
Delvincourt. — Cours de Code civil.
Demolombe. — Cours de Code civil.
Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil.
Furgole. — Questions sur les donations.
Grenier. — Observations préliminaires.
Massé et Vergé sur Zachariæ. — Tome III.
Maynard. — Notables et singulières questions de droit civil jugées au Parlement de Toulouse.
Merlin. — *Répertoire*, V^o *Legs* et V^o *Choix*.
Pothier. — Des donations testamentaires.
Pandectes belges. — V^o *Faculté*.
Ricard. — Traité des donations et testaments.
Rolland de Villargues. — Traité des substitutions.
Thévenot d'Essaule de Savigny. — Traité des substitutions fidéicommissaires.
Troplong. — Droit civil expliqué.
Wahl. — Note sous arrêt de Caen, 9 juillet 1896.
-

DE

LA FACULTÉ D'ÉLIRE

EN MATIÈRE DE LEGS

INTRODUCTION

DÉFINITION ET DIVISION

*Testamentum est voluntatis nostræ
justa sententia de eo quod quis
post mortem suam fieri velit (L. I,
Digeste, de testamentis).*

Il est remarquable combien, à toute époque, il a répugné à l'esprit juridique d'admettre qu'une disposition de dernière volonté puisse favoriser des *personnes incertaines*. Et l'on entendait communément par « personne incertaine » celle dont le testateur n'avait pu se faire une *idée nette et précise*.

Déjà, chez les Romains, ce n'est que progressivement, et seulement vers l'époque classique, que furent levées les prohibitions du droit primitif, à

l'égard des legs adressés aux posthumes et aux personnes civiles (1).

Notre ancien droit ne semble pas, sur ce point, avoir beaucoup dérogé aux principes romains ; et le droit moderne, à son tour, paraît s'être rallié plus sévèrement peut-être, dans un certain sens, au système traditionnel.

Le motif qui a permis ainsi à une théorie juridique de subsister malgré l'évolution des lois et des sociétés semble bien être de droit positif, plutôt que de droit naturel : si la société nous autorise à disposer, en dernier lieu, de notre fortune, du moins exige-t-elle que nous ayons pleine conscience de la personne que nous entendons gratifier ; c'est à ce titre seulement que nous faisons *acte de maître*, et pouvons déroger à l'ordre légal des successions, tel qu'il est établi par les lois qui nous régissent (2). Répudier, en effet, ce « testament légal » pour disposer en faveur d'un individu dont nous n'avons pas même *une idée précise*, n'est-ce pas une insulte à la société, qui a fait, en

(1) Voy. à ce propos le Fr. 20, D., *de reb., dub.* 34 : *Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est quod, si corpori qui licet coire, legatum sit debeat : cui autem non licet, si legetur non valebit, nisi singulis legetur ; hi enim, non quasi collegium, sed quasi certi homines, admittentur ad legatum.*

(2) Voy. en ce sens : Laurent, *Principes de droit civil*, t. XI, § 340, et aussi Pothier.

majeure partie, la fortune que nous détenons ? La richesse, sous une forme quelconque, est une puissance ; la société a le droit, et même le devoir, de savoir où va cette puissance par la vertu plus ou moins occulte du testament.

Il y a, en outre, une autre raison, d'un caractère plus juridique, qui s'oppose à l'incertitude, ou, pour employer le langage moderne, à l'indétermination de la personne du légataire : les libéralités adressées par legs, et surtout par donation, engendrent, en effet, entre les parties, le donateur ou testateur, d'une part, le donataire ou légataire, d'autre part, *un rapport juridique*, lequel ne saurait exister que si le bénéficiaire est *déterminé*, ou au moins susceptible de l'être. En un mot, le rapport juridique dont il s'agit n'est réalisable que si le disposant indique avec une *précision* suffisante la personne qu'il entend gratifier, soit qu'il la désigne *individuellement*, soit qu'il *désigne simplement la catégorie de personnes dont elle fait partie*. Dans ce dernier cas, la personne du légataire n'est pas déterminée, mais elle peut l'être : elle est *déterminable*.

C'est à ce système, encore profondément obscur, que se rattachent deux institutions, de valeur discutée, et intimement liées l'une à l'autre : le fidéicommiss secret, et *la faculté d'élire*. Elles ont, en effet, un commun motif : le désir, bien natu-

rel, d'ailleurs, pour le testateur d'appuyer sa dernière volonté sur celle d'un parent, d'un ami, en un mot d'un « second lui-même » qui veillera fidèlement à l'exécution de son testament. Dans la première hypothèse, le disposant charge une personne de confiance de distribuer sa fortune suivant les instructions qu'il lui a communiquées *secrètement* ; dans l'autre, il *consulte* cette personne sur le choix de son héritier ou légataire, et le charge au besoin de le choisir à sa place : il lui laisse, suivant l'expression consacrée, la *faculté d'élire*.

On peut donc définir la faculté d'élire « *le pouvoir, conféré par le testateur à l'héritier ou à un tiers, de choisir le bénéficiaire d'une libéralité, legs ou fideicommiss, soit parmi un nombre de personnes indéfini, soit dans une catégorie déterminée de personnes* ».

Il résulte de cette définition que la faculté d'élire peut être *illimitée*, comme s'il est dit : « Je lègue X à celui que Titius désignera » ou, au contraire, *restreinte* à une certaine classe de personnes : « Je lègue X à *celui de mes parents* que Titius désignera. »

Mais, ainsi exprimée, la faculté d'élire ne porte que sur une institution ou un legs en premier ordre. Ce n'était pas cependant le seul mode d'emploi, ni le plus fréquent de cette faculté : il était

d'usage — et ce fut même sous notre ancienne législation, une pratique fort courante — de lier la faculté d'élire à la charge de restitution attachée à une disposition principale : « Je lègue tel héritage à Titius, à charge par lui de le conserver et de le rendre à celui de mes parents qu'il jugera digne. »

Il est évident que la charge de rendre pouvait être plus ou moins reculée, suivant que le disposant avait chargé le tiers de ne rendre « qu'à sa mort », ou au contraire dans un certain nombre d'années.

Tester dans cette forme n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, l'effet d'un pur caprice de la part du disposant. Cette faculté peut en effet dans certaines circonstances, s'expliquer rationnellement : lorsqu'à Rome, par exemple, le testateur gratifiait « celui de ses amis qui, le premier, viendrait à ses funérailles », le motif voilé d'un pareil mode de disposer est facile à découvrir ; il apparaît en effet, comme probable que le testateur, dans la pensée que celui de ses amis qui lui porte le plus d'affection sera le premier à ses funérailles, a entendu disposer en faveur de celui-ci. C'est évidemment aussi une pensée d'affectueuse prévoyance, qui, dans l'antiquité et surtout dans l'ancien droit, inclinait les testateurs à joindre, à leurs dispositions de dernière volonté, la clause

suivante : « Je lègue telle somme à celui de mes enfants que ma femme jugera le plus digne », ou encore « à celui de mes enfants que ma femme jugera le plus sincère et le plus constant dans son affection pour elle-même ». Aujourd'hui encore, nombreux sont les cas où le testateur peut avoir recours au choix d'une tierce personne, quant à l'élection d'un ou de plusieurs légataires ; nous n'en citerons que quelques-uns, *se référant, comme il convient, à un choix à faire à raison de circonstances postérieures au décès du disposant* : « celui de mes neveux, par exemple, qui aura le plus d'égard pour ma femme survivante, jusqu'à sa mort » ; « celui de mes neveux militaires qui se sera le mieux conduit dans la guerre actuellement en cours... » ; « celui de mes parents qui réussira le mieux dans ses études classiques... » ; celle de mes nièces qui aura les plus lourdes charges de famille... » ; celui de... qui rendra le plus de services à telle œuvre à laquelle je me suis intéressé ; ou à tel parti politique » ; « celui de... qui aura le plus de succès aux expositions annuelles de peinture, sculpture, etc. » ; « celui que l'institué (pour une collection, un domaine) jugera le mieux à même de la conserver dans son intégrité et de la soigner » ; « celui de... qui fera le plus beau voyage d'exploration... » ; etc., etc.

Les quelques hypothèses dans lesquelles nous

nous sommes placé, appellent évidemment un jugement de la part d'une tierce personne, choisie par le testateur : ce peut-être la mère survivante, un parent, un ami. Ce sont, d'ailleurs, les mêmes idées qui se retrouvent dans toutes les fondations de prix ou de bourses, à la charge de telle académie, ou de tel autre corps constitué.

Mais, on le voit, la faculté d'élire est une institution de caractère trop différent du fidéicommiss avec charge secrète pour qu'il nous soit possible de confondre en une même discussion les difficultés engendrées par l'exercice de ces deux modes de tester. Il y aura donc tout à gagner en clarté et en précision à ne faire, au cours de l'étude qui va suivre, aucune allusion aux dispositions avec charge secrète

De plus, la faculté d'élire ne paraissant pas susceptible de recevoir son application dans les donations entre vifs, nous nous limiterons strictement à la faculté d'élire *en matière de legs* (1).

Enfin, cette institution étant, avant tout, d'origine antique, nous aurons à rechercher quelle a été, sur cette question, l'opinion des juristes de l'ancienne Rome, et comment la tradition romaine fut accueillie par notre ancien droit. Nous serons,

(1) La donation entre vifs exigeant, en effet, pour sa validité, l'acceptation expresse du gratifié, il ne saurait être question d'*incertitude* dans la personne de celui-ci.

peut-être alors, en mesure d'apprécier la valeur des motifs qui amenèrent l'esprit égalitaire de la Révolution à détruire cette vieille institution dont nous retrouvons parfois encore quelques vestiges dans les testaments modernes.

Le législateur ne s'étant pas prononcé sur la question, il y aura donc lieu de se demander *si l'abrogation de la faculté d'élire a été maintenue par le Code civil, ou tout au moins, doit l'être par les interprètes du droit actuel ?*

Telle est la question que nous essayerons de résoudre.

Il est probable que cette étude présentera nombre d'obscurités, que n'arriveront pas même toujours à dissiper la logique de « la raison écrite ». Mais nous avons pour nous encourager l'exemple de Ricard, qui, malgré les difficultés et l'irrésolution dans laquelle étaient tombés les docteurs en cette occasion, ne s'est cependant pas « détourné de travailler sur cette matière et d'en rechercher la résolution ».

Nous terminerons donc volontiers en ajoutant avec lui : « ayant éprouvé qu'il n'y a rien que le travail ne surmonte, voici ce que quelques veilles nous ont donné, et que nous soumettons au jugement de ceux qui sont plus éclairés que nous ».

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE EN DROIT ROMAIN.

La faculté d'élire, telle que nous l'avons définie, existait-elle en droit romain ?

Pour le très ancien droit romain, la question ne se pose pas.

Si, en effet, laissant de côté l'époque trop obscure qui précède la loi des XII Tables — et où il semble bien, à en juger par l'expression d'*hérédier sien et nécessaire* (1) donnée au fils de famille, que le testament fut inconnu en ces temps reculés — nous considérons seulement la législation primitive, telle qu'elle émane des XII Tables, il

(1) Cf. ce que dit Fustel de Coulanges : « Cette formule que Gaius et Justinien employaient encore, mais qui n'était plus d'accord avec la législation de leur temps, venait sans doute d'une époque lointaine où le fils ne pouvait ni être déshérité, ni refuser l'héritage. Le père n'avait donc pas la libre disposition de sa fortune... » (*La Cité antique*, liv. II, chap. VII).

paraît évident que les formes mêmes du testament d'alors s'opposaient à toute incertitude dans la personne de l'héritier : que le testament résulte d'une *loi curiate*, votée par le peuple souverain, assemblé en curies, sous la présidence du pontife; ou que, plus simplement, le testateur, en présence de cinq citoyens romains pubères, et du *libripens*, mancipe son patrimoine, à l'héritier *familiæ emptor*; dans les deux hypothèses, il semble impossible, par l'effet de la publicité qui entoure la première forme de tester, par suite de la présence de l'héritier, dans le second cas, que la personne de celui-ci puisse demeurer indéterminée.

La question ne paraît donc susceptible de réponse que le jour où des formes de tester plus souples, en harmonie avec les besoins nouveaux d'un peuple sans cesse en progrès, vinrent remplacer les formalités surannées des temps primitifs (1).

Mais, même à cette époque plus récente, si l'on s'en tient, d'une façon générale, à l'esprit de logique et de rigoureux formalisme qui caractérise le droit romain, il semblerait naturel de répondre par la négative.

Ne paraît-il pas étrange, en effet, contradictoire même, d'admettre que le testament romain, où l'homme se fait *législateur*, « condamne », libère,

(1) Déjà, du temps de Cicéron, le testament *Calatis comitiis* n'était plus employé (Voy. *De oratore*, I, 53).

affranchit, en un mot, dispose solennellement de son patrimoine, puisse laisser la volonté du testateur assez indécise pour y substituer, d'une façon plus ou moins étendue, le choix de l'héritier ou d'un tiers ? Cette réponse serait, d'ailleurs, en harmonie avec ce texte célèbre du Digeste : *Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (L. 32, ff. de hered. inst.) (1).

Et, de fait, les jurisconsultes romains, en exigeant que le testateur se fasse une idée précise des personnes qu'il entend gratifier, ne semblent-ils, pas, par cela même, avoir condamné la faculté d'élire (2).

Aussi est-il prouvé que l'incertitude absolue dans la personne du bénéficiaire, et par suite, la *faculté d'élire illimitée* était prohibée en droit romain. C'est, du moins, ce que l'on peut induire du fragment 32, pr. D., de hered. inst., 28, 5 : *Illa institutio, Quos Titius voluerit, ideo vitiosa*

(1) Comp. la définition que donne Justinien du testament : *testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (L. I. D., de testamentis) et ce qu'il dit ailleurs de l'étymologie du mot « testament » : *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit*.

(2) Voy. à ce sujet : Ulpien, XXII, 4, et Paul Fr. 20. D., de rebus dubiis, 34, 5, ainsi que la définition que donne Justinien des « personnes incertaines » : *Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo subiciebat testator*.

est, quod alieno arbitrio permissa est — quoniam certum consilium debet esse testantis, ajoute Ulpien au fragment XXII, 4 (1).

A cette règle, cependant toute rationnelle, l'esprit subtil de la jurisprudence romaine ne manqua pas d'ajouter et de motiver des restrictions importantes au point de faire dépendre *de la volonté d'un tiers* l'efficacité d'une disposition testamentaire.

Tout le monde connaît l'exemple cité par Modestin (Fr. 52, D., *de cond. et de monst.*, 35, 1) d'un testateur léguant dix à Titius, à la condition que *Mærius monte au Capitole* : « *si Mærius ad Capitolium ascendat* ». Au fond, la disposition revenait à ceci : « Je lègue dix à Titius, *si Mærius voluerit*. » Mais ainsi exprimée, nous venons de le voir, la disposition eût été nulle. De là le célèbre adage, particulier aux dispositions testamentaires, mais qu'appliquèrent abusivement, comme règle générale, les compilateurs du Digeste : *Expressa nocent, non expressa non nocent* (2).

Cette restriction était, d'ailleurs, parfaitement

(1) V. aussi L. 46, D., *de fid.* : *Quod si ita scriptum sit, si hæres voluerit, non valebit*.

(2) Cet adage se trouve, en quelque sorte, reproduit et développé au fr. 68, D., *de hered. inst.*, 28, 5 : *Quædam enim in testamentis, si exprimantur, effectum nullum habent ; quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam habent expressa et momentum aliquod habebunt*.

logique, comme le montrera plus tard notre vieil auteur Ricard (1), « car quoiqu'il dépende de la volonté de Titius de monter ou de ne pas monter au Capitole, et ainsi de faire valoir le legs ou de le rendre sans effet : néanmoins les lois veulent que tel legs soit bon, et qu'il soit exécuté dans le cas de la condition exprimée par le testament : cela fondé sur cette raison, qu'étant question de donner effet à la volonté du testateur, il faut plutôt se persuader, pour le faire valoir, qu'il a ainsi conditionné ce legs, pour quelque raison qui n'a été connue que de lui, et qu'il n'a point voulu découvrir, que non pas croire que son dessein a été de laisser ce legs à la volonté absolue de son héritier ou d'un tiers » (2).

Dans l'exemple que nous venons de citer, Titius désigne, évidemment, soit l'héritier lui-même, soit une tierce personne. Cette remarque a, cependant, son importance, si l'on se rappelle que, dans la mesure où le droit romain admet que l'existence d'un legs puisse parfois dépendre d'une volonté étrangère à celle du testateur, il se montre, *en*

(1) *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 1^{re} partie, chap. III, sect. XII.

(2) Il convient, toutefois, de remarquer que, si rationnelle que soit la solution de l'adage, elle n'en est pas moins repoussée par un certain nombre de textes. Voy. entre autres, le fr. 1, pr. D., de leg., II (31) : *In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest. Quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur an si voluerit ?*

principe, plus restrictif relativement au legs laissé à la volonté de l'héritier.

Tel est, du moins, à notre avis, le sens du fragment 43, § 2, D., *de leg. I* (30) : *legatum in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest*. Ce texte n'est inconciliable qu'en apparence avec le fragment 32, pr. D., précité, qui, semble-t-il, visait à la fois l'héritier et les tiers.

A nos yeux, le fragment 43 signifie simplement qu'il y aurait contradiction, d'une part, à « condamner » l'héritier à exécuter tel legs, et, d'autre part, à laisser cette exécution à sa libre volonté. Quelle que soit, en effet, l'époque à laquelle on se place, que l'on considère avec Ulpien le legs comme une sorte de loi, *modo legis*, ou que, suivant l'évolution des institutions romaines, on assimile, avec Justinien, le legs au fidéicommis, *donatio a defuncto relicta*, le legs, dans l'un et l'autre cas, n'en implique pas moins une *charge obligatoire* pour le grevé. Ce serait donc un non-sens, de la part du testateur, de vouloir, tout à la fois, astreindre l'héritier à exécuter une prestation, et le laisser libre de ne la pas exécuter.

En un mot, la faculté d'élire illimitée est prohibée, comme faite en faveur d'une personne incertaine, lorsque le choix est abandonné à un étranger d'une *façon illimitée*. Mais outre ce motif, il en existe un autre, toutes les fois qu'il s'agit,

non plus d'un tiers, mais de l'héritier lui-même : on veut *éviter une contradiction dans les termes du testament* : l'héritier doit pouvoir être juridiquement obligé d'exécuter le legs.

Voilà pourquoi, au contraire, la faculté d'élire, limitée à une certaine classe de personnes, était largement admise par la jurisprudence romaine (1). Cette hypothèse ne présentait pas, en effet, le danger de la précédente : tout à l'heure, dans le cas où l'héritier, libre de choisir dans un nombre illimité de personnes, se fût abstenu de décider qui aurait pu l'y contraindre ? Tout le monde, et, par suite, personne. Les voies de contrainte faisant défaut, le legs n'était plus qu'un non-sens.

Cette fois, au contraire, si l'héritier s'abstient de manifester, en temps utile, sa volonté, tous les bénéficiaires possibles, compris dans la catégorie déterminée par le testateur, pourront agir contre l'héritier, dans le but de l'obliger soit à faire son choix, soit à leur livrer le bénéfice du legs. C'est,

(1) Cette solution était d'ailleurs en harmonie avec le *système général* du droit romain relativement aux personnes incertaines. Ne voyons-nous pas, en effet, Gaius (II, 228), après avoir déclaré nuls, comme *incertis personis relicta*, les legs faits en faveur de celui ou de ceux : *qui primus ad funus meum venerit* ; *quicumque filio meo in matrimonium filiam suam colloca- verit* ; *qui post testamentum consules designati erunt*, ajouter : *Sed sub certa vero demonstratione incertæ personæ recte legatur, velut : ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei decem millia heres meus dato.*

du moins, ce que l'on peut induire du fragment 17, § 1, D., *de leg.*, II (31) : *Si hæres damnatus esset decem uni ex libertis dare, et non constituerit cui daret : heres omnibus eadem decem præstare cogendus est* (1).

Cette sorte d'astreinte, les Romains la considéraient si bien comme étant de l'essence même du legs que si l'héritier venait à décéder, sans exercer son choix, tous les bénéficiaires possibles étaient autorisés à réclamer le bénéfice du legs. Papinien donne un exemple de ce concours de colégataires à la mort du grevé : *Rogo fundum, cum morieris, ex libertis cui voles, restituas. Quod ad verba attinet, ipsius erit electio : nec petere quisquam poterit, quamdiu præferri alius potest, defuncto eo, priusquam eligat, petent omnes. Itaque eveniet ut quod uni datum est, vivis pluribus unus petere non possit ; sed omnes petant quod non omnibus datum est...* (Fr. 67, § 7, D., *de leg.*, II).

Logiquement, cependant, chaque bénéficiaire n'étant légataire que sous la condition *si cum elegerit hæres*, et celle-ci défaillant, le legs aurait dû devenir caduc. Mais, de cette façon, le legs eût été laissé à l'entière disposition de l'héri-

(1) Comp. cet autre fragment du Digeste : « *Si neminem eligat, omnes ad petitionem fideicommissi admitti...* » (Fr. 24, D., *de leg.*, II (31).

tier, ce qui, nous l'avons vu, répugnait à l'esprit juridique des Romains. Voilà pourquoi on admit cette exception au droit commun.

Il va sans dire que le legs était encore regardé comme valable, lorsque le testateur avait nommé *alternativement* deux ou plusieurs individus au choix de l'héritier : *Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est : heres alteri dando, ab utroque liberatur. Si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam, ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri* (Fr. 16, D., de leg., II, 30).

Mais, si absolue que fût l'interdiction de tester sous la forme *si hæres voluerit*, elle ne pouvait, cependant, empêcher le testateur de subordonner l'existence d'un legs à l'*approbation* de l'héritier. Il eût été étrange, en effet, que le testateur pût s'en remettre au jugement d'un tiers, et qu'il lui fût défendu de partager son choix avec celui qui devenait « continuateur de sa personne, et du culte de ses ancêtres ». Tel paraît être le motif de la distinction, adoptée par la jurisprudence romaine, du legs *si hæres voluerit*, du legs fait sur la condition *nisi hæres meus noluerit*. On avait l'habitude d'annuler le premier, mais de valider le second. Et la raison donnée par les jurisconsultes n'était pas sans valeur : dans le premier

cas, disaient-ils, le testateur ne dispose pas lui-même puisqu'il laisse l'héritier maître d'exécuter ou de ne pas exécuter le legs ; la volonté du testateur s'efface, il n'y a plus que celle de l'héritier ; dans le second cas, au contraire, le testateur dispose lui-même ; il ne fait seulement que *consulter* l'héritier auquel, dit-il, le legs ne doit pas *déplaire*. C'est du moins, semble-t-il, le sens du fragment 11, § 5, D., *de leg. et fideic.* III (32) : *Sic fideicommissum relictum, nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo : quasi conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit ; ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

A fortiori, la jurisprudence romaine reconnaissait-elle comme valables les legs faits sous la condition *si æstimaveris, si putaveris, si utile fuerit tibi visum* : Non enim, dit Ulpien, *plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum* (Fr. 11, § 7, D., *de leg.*, I, (30) (1)).

Jusqu'à présent, nous n'avons étudié que la faculté d'élire, liée à une institution ou à un legs en

(1) Comp. cet autre texte d'Ulpien : *Si sic legatum, vel fideicommissum sit relictum, si æstimaverit hæres, si comprobaverit, si justum putaverit ; et legatum, et fideicommissum debetur, quoniam quasi viro bono potius bono ei commissum est, non in mera voluntate hæredis collatum* (Fr. 75, pr. D., *de leg.*, I, 30).

premier ordre. Il n'a pas encore été question de la faculté d'élire portant sur la charge de restitution, attachée à une disposition principale. Il reste donc à se demander si ce nouvel emploi de la faculté d'élire était d'usage en droit romain ?

Les quelques textes que nous possédons sur la question ne permettent pas d'en douter.

Nous avons déjà cité, à propos de la faculté d'élire laissée *sub certa demonstratione*, le texte de Papinien : *Rogo restituas, cum morieris, ex liberis meis cui voles* (Fr. 67, § 7, D., *de leg.*).

Papinien donne encore un exemple de ce genre au fragment 77, § 4, D., *eodem* : *Hereditatem filius, cum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus*.

Nous trouvons un exemple analogue rapporté par Gaius : *Cum quidam pluribus heredibus institutis, unius fidei commisisset, ut, cum moreretur, uni ex coheredibus, cui ipse vellet, restitueret eam partem hereditatis, quæ ad eum pervenisset : verissimum est, utile esse fideicommissum* (Fr. 7, §1, D., *de rebus dubiis*, 34, 5).

Citons enfin une hypothèse d'autant plus intéressante que nous la retrouverons, plus tard, dans la pratique de nos pays de droit écrit. Nous voulons parler de l'usage qui s'introduisit entre époux de léguer au survivant la faculté de choisir entre leurs enfants un héritier universel : *Peto de te, uxor*

carissima, uti, cum morieris, hereditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, vel cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles ex tota cognatione mea... (Fr. 57, § 2, D., *ad S. Treb.*, 36,1).

Dans ces quelques exemples, le choix du légataire, il convient de le remarquer, est circonscrit dans une certaine catégorie de personnes. Le motif est toujours le même : il ne doit pas dépendre de la volonté de l'héritier de rendre ou de ne pas rendre : « Si l'héritier, en effet, avait assez de générosité pour donner la chose léguée, écrit Ricard (1), ce serait son propre bienfait et non pas celui du testateur. « Voilà pourquoi, sans doute, Gaius ajoute à la fin du fragment 7, § 1, D., précité : *non enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.*

Mais, à la charge de restitution se rattachait un certain nombre de questions d'ordre secondaire qui devaient plus tard soulever une vive controverse parmi les juristes de l'ancien droit.

On se demandait, notamment, si, dans l'hypothèse où la faculté d'élire a été laissée purement et simplement au grevé — *rogo restituas ex libertis meis cui voles* — celui-ci peut se déterminer sans tenir compte de la qualité du légataire qu'il choisit ?

(1) *Op. cit.*

Et Marcellus répondait que le choix de « l'éli-sant » ne saurait être, à ce point de vue, limité d'une façon quelconque ; qu'il pouvait, par suite, s'étendre même à celui qu'il jugerait *indigne* : *Marcellus putavit posse heredem et indignum præferre* (fr. 24, § 1, D., *de leg.*, II, 31). Il n'en serait autrement, ajoutait le même jurisconsulte, que si le testateur avait lui-même circonscrit le choix du grevé dans une catégorie de personnes d'une certaine qualité, « ceux, par exemple que l'héritier jugerait dignes » : *At si ita, his quos dignos putaveris, petere posse ait eos qui non offenderint* (fr. 24, *eodem*).

On discutait également la question de savoir si le choix du grevé était révocable ? La réponse, semble-t-il, aurait dû dépendre de la forme de l'acte qui contenait l'élection : celle-ci était-elle jointe à un testament, elle devenait révocable comme le testament lui-même ? Était-elle jointe à une donation entre vifs, elle demeurerait irrévocable comme la donation elle-même ? Cette distinction, admise par notre ancienne législation, ne semble pas, cependant, avoir été reconnue par la jurisprudence romaine. Nous n'en voulons pour preuve que le fr. 77, D., *de leg.* : *A filia pater petierat ut cui vellet ex liberis suis prælia, cum moreretur, restitueret. Uni ex liberis prædia fideicommissi viva donavit. Non esse electionem, propter incer-*

tum diem fideicommissi, certæ donationis videbatur... L'expression *viva donavit* paraît en effet indiquer, d'une façon certaine, que le choix joint à une donation entre vifs ne liait pas suffisamment le grevé au point de l'empêcher de varier, et de faire un second choix.

On s'était encore demandé si le grevé pouvait imposer *une charge* à la personne qu'il choisissait? La négative paraît être certaine en droit romain : le chargé d'élire ne fait qu'exécuter la volonté du testateur : il n'y peut rien ajouter : *Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est* (fr. 67, D., de leg.).

Enfin, si sacrée que fût la volonté du testateur, la faculté d'élire ne pouvait-elle pas, dans certains cas, être retirée au chargé d'élire qui, par sa conduite, s'était rendu indigne de la confiance du disposant?

La réponse, semble-t-il, devait dépendre de la peine encourue « par l'élisant ». Papinien ne considère pas, en effet, la déportation comme suffisante pour motiver le retrait de la faculté d'élire, *Quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam placuit...* (Fr. 77, § 4, eodem). Si étrange que paraisse cette décision, elle était cependant logique, si l'on se rappelle qu'en pareil cas, le déporté, qui n'avait subi qu'une *capitis deminutio media*, n'était pas

regardé comme mort civilement. Au contraire, lorsque le grevé était condamné *ad metallum*, aux mines, *ad bestias*, aux bêtes féroces, il apparaissait comme esclave de la peine, *servus pœnæ*, comme mort civilement, et, comme tel, la faculté d'élire lui était retirée : *Si quis rogatus fuerit filiis suis, vel cui ex his voluerit, restituere hereditatem, Papinianus... etiam deportato ei tribuit facultatem cui... fideicommissum restitui velit. Sed si servus pœnæ fuerit constitutus... decessisse... videtur. Sed electionem illam huic dari non oportet* (L. 17, ff. *ad S. Treb.*).

Tels sont les quelques textes qui paraissent se rapporter plus particulièrement à la question.

Il nous reste maintenant à condenser, en quelque brève formule, le système des jurisconsultes romains que nous venons de citer.

La faculté d'élire était, on le voit, trop intimement liée à la théorie des personnes incertaines pour ne pas se ressentir de cette sorte d'ostracisme qui, dans les dispositions testamentaires, frappait les personnes dont le testateur n'avait pu se faire une idée précise. De là devait naturellement résulter la règle suivante :

1° *Prohibition absolue* de la faculté d'élire *indéfinie* ;

2° *Admission* de la faculté d'élire *limitée* à un

nombre de personnes déterminées, à une certaine classe de personnes, et cela, qu'il s'agisse d'une disposition en premier ordre ou à charge de restitution, que le choix soit abandonné à l'héritier ou à un tiers.

Nous verrons bientôt quel appui les docteurs de l'ancien droit trouvèrent dans les solutions de droit romain pour soutenir la controverse à laquelle l'obscurité d'une telle question devait naturellement donner lieu.

Nous verrons aussi comment la jurisprudence de nos parlements fit appel à « la raison écrite » pour trancher les litiges sans nombre que devait fatalement soulever l'usage, et peut-être l'abus de la faculté d'élire en pays de droit écrit.

SECONDE PARTIE

DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE DANS L'ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE EN GÉNÉRAL.

Il n'y avait aucune raison pour que la faculté d'élire disparût avec le droit romain.

A l'aube même de notre ancien droit, nous trouvons déjà un exemple d'emploi de cette faculté, dans Grégoire de Tours, au chapitre VIII de son histoire (1).

Toutefois, pas plus qu'en droit romain, les dispositions au profit des personnes incertaines ne furent accueillies avec faveur : les docteurs de

(1) « Berthchrammus vero regressus et sinodo, a febre corripitur ; accessitumque Waldonem diaconem, qui et ipsi in baptissimo, Berthchrammus vocitatus est, summam ei sacerdotii depotat omnesque condicionis tam testamenti quam benemeritorum ipsi committit. » (Grégoire de Tours, *Historiæ Francorum*, liv. VIII, § XXII).

cette époque étaient trop pénétrés des principes romains pour accepter sans répugnance qu'un testateur pût n'avoir *aucune idée précise* de la personne qu'il entendait gratifier.

Aussi vit-on les juristes de l'ancien droit appliquer aux dispositions avec faculté d'élire les doctrines romaines, telles que nous les avons précédemment exposées.

Il est certain, disaient-ils, que l'héritier, le légataire doit être nommé « par la bouche propre du testateur », comme il est requis par la *Loi Heredem palam* (*ff. qui test. facere posse*) et par la *Loi Jubemus* (*de test.*). Aussi la majorité des docteurs — quelques-uns, en effet, étaient tombés dans une telle irrésolution qu'ils considéraient la question comme « insoluble » — n'admettaient pas qu'une disposition testamentaire pût dépendre du pur arbitre de l'héritier ou d'un tiers. En d'autres termes, ils regardaient comme nulle la faculté d'élire *illimitée*, la disposition *Quos Titius voluerit* : « parce que, expliquait Ricard (1), le choix est vague, indéfini, incertain, absolument en la volonté de Titius... ; de sorte que la disposition n'étant pas de soi constante, elle ne peut point passer pour un legs du testateur ; et si l'héritier avait assez de générosité pour donner au légataire

(1) Ricard, *op. cit.*

la chose léguée, ce serait son propre bienfait, et non pas celui du testateur ; et il semble même que ç'ait été son intention de faire que le légataire eût l'obligation de la disposition à l'héritier, en cas qu'il se portât à la mettre à exécution. »

Ne retrouvons-nous pas, dans les paroles de notre ancien auteur, le système des Gaius et des Ulpien ?

Et la jurisprudence était, sur ce point, d'accord avec la doctrine, ainsi qu'en fait foi un arrêt du Parlement de Toulouse (mars 1645), rapporté par Albert, au chapitre XIV de son Recueil.

Au contraire, la faculté d'élire limitée à une certaine classe de personnes était regardée comme valable. Et c'est encore sur les arguments des jurisconsultes romains que s'appuyaient nos anciens juristes pour soutenir leur doctrine. N'est-ce pas, en effet, après avoir cité un fragment du Digeste que Ricard (1) ajoute : « en conformité de cette opinion, il a été jugé en l'audience de la Grand' Chambre, par arrêt du 18 mai 1687, que ce n'est pas laissé à l'arbitrage d'autrui quand le testateur, après avoir fait un legs constant et déterminé, laisse à la volonté de son héritier de *choisir entre les personnes désignées* ». »

(1) *Op. cit.*

Néanmoins fallait-il que les personnes parmi lesquelles le chargé d'élire pouvait exercer son choix ne fussent pas trop nombreuses, sans quoi l'on risquait de retomber dans la faculté d'élire illimitée. C'est ce que Montvalon (1) faisait observer lorsqu'il remarquait qu'« une telle disposition ne vaut rien, quand les personnes sont en si grand nombre que, faute de choix, le legs serait inutile, par exemple, si je charge mon héritier d'un fidéicommis envers tels habitants de la ville d'Aix qu'il choisira ».

Voilà pourquoi, par arrêt du 25 mai 1663 (2), le Parlement de Provence a cassé « un testament contenant institution d'héritier d'un prêtre célébrant tel qu'il serait nommé par un tiers ». En l'espèce, il s'agissait d'un testament du sieur Brémond qui « voulait et entendait qu'un prêtre célébrant fût son héritier, tel qu'il serait nommé par Baudric, son cousin, lequel prêtre serait tenu de dire une messe, tous les fêtes et dimanches, dans l'église des Pénitents bleus de Manosque, et de l'accompagner aux processions à perpétuité ».

Le testament fut annulé par les motifs suivants :

(1) *Traité des donations et testaments*, liv. I, p. 230. — Voy. aussi Audouin, *Théorie générale des personnes incertaines*, thèse Paris, 1830.

(2) Cet arrêt est rapporté par Boniface, dans son ouvrage intitulé : *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*.

« l'héritier institué était *incertain*, car, faute de la nomination d'un prêtre par Baudric, tous les prêtres du monde, comme pouvant être élus seraient capables, suivant la *Loi Unum ex familia*, ce qui ferait une impossibilité et une incertitude trop grande ; car il est bien vrai que, suivant le paragraphe 25, *inst. de leg.*, on peut faire la nomination d'un héritier *incertain ex certis personis*, comme par exemple : si on laisse pour héritier celui qui sera nommé d'entre les parents, lesquels étant certains, l'institution d'héritier est valable ; mais de laisser la nomination d'un héritier incertain entre des personnes incertaines, la loi l'a défendu, telle étant l'institution de ce prêtre ».

Nous trouvons, au contraire, dans les *Mémoires* de du Tillet (1), un testament célèbre, où le vice que nous signalons n'existe pas. Il s'agit du « testament fait par Louis II, duc de Bourbon, comte de Clermont, le 20 février 1375, par lequel on voit qu'il avait institué sa sœur Reine de France son héritière, et en cas qu'elle vint à décéder avant lui, il avait institué l'*un de ses enfants*, tel que Charles V choisirait, à la charge de porter le nom et les armes de Bourbon ».

La catégorie « enfants » paraissait, en effet,

(1) Cet exemple est rapporté par Ricard, *loc. cit.*

suffisamment limitée pour ne soulever aucune discussion (1).

Enfin, ainsi qu'il était d'usage en droit romain, et pour les mêmes motifs, nos anciens auteurs n'hésitaient pas à admettre que le testateur pût s'en remettre au jugement de l'héritier ou d'un tiers, *tanquam in arbitrium boni viri*: « parce qu'il se présume, en ce cas, écrit Ricard (2), que le but du testateur n'a été autre que de chercher l'équité et la raison, et qu'il n'a considéré que la justice, et non pas la volonté de celui qu'il a constitué pour arbitre. Tellement que la clause dont le legs est accompagné, passe en cette rencontre *pour condition*, et l'on fait comme si le testateur avait ordonné la délivrance du legs en cas qu'il se trouvât juste et raisonnable par le *jugement d'un prud'homme*, et en conséquence, celui qui se trouve nommé dans la clause doit déclarer sa volonté, ou plutôt dire son sentiment *sine mora* ».

Nos anciens juristes se montraient même, sur la question, d'une appréciation très large : ils allaient jusqu'à autoriser le bénéficiaire, qui ne trouvait pas *juste* le sentiment du chargé d'élire, à demander le jugement d'un autre prud'homme.

(1) Voy. cependant au chapitre suivant les difficultés soulevées par l'emploi du mot « enfants » en matière de faculté d'élire.

(2) *Op. cit.*

Ricard ajoute, en effet : « Et même, si son avis n'est pas conforme à la raison, le légataire pourra faire ordonner qu'il sera convenu d'un autre prud'homme, d'autant, comme il a été dit, que le testateur n'est pas censé avoir considéré la volonté de ce particulier, mais la justice et l'équité en général, qu'il faut en conséquence chercher suivant son intention... »

Tels sont les principes généraux qui dirigeaient la doctrine et la jurisprudence de notre ancien droit, relativement à la faculté d'élire.

Ils étaient, on le voit, la reproduction des principes romains, tels que nous avons essayé de les dégager dans notre première partie.

Quittant le domaine de la théorie où jusqu'à présent, nous nous sommes presque exclusivement tenu, nous nous placerons, au chapitre suivant, plutôt au point de vue pratique.

Nous n'envisagerons plus seulement la faculté d'élire en général : nous aurons particulièrement en vue la faculté d'élire liée à une substitution fidéicommissaire.

C'est, en effet, sous cette forme, que la faculté d'élire fut surtout pratiquée dans notre ancien droit, même en pays de coutume ; c'est sous cette forme, enfin, qu'elle est restée tristement célèbre

par les procès sans nombre qui divisèrent tant de familles à cette époque.

Ce sont précisément les abus qu'elle suscita, grâce au concours des substitutions, qui nous aideront à comprendre les motifs de son abrogation dans le droit intermédiaire.

CHAPITRE II

DES DIFFICULTÉS SOULEVÉES, DANS L'ANCIEN DROIT,
PAR LA FACULTÉ D'ÉLIRE PORTANT SUR LA CHARGE
DE RESTITUTION ATTACHÉE A UNE DISPOSITION PRINCIPALE.

« Quelquefois le testateur défère par son testament le choix de son héritier à une autre personne... et quelquefois cette personne, à laquelle le testateur donne pouvoir d'élire, est par lui *d'abord instituée héritière, à la charge de remettre l'hoirie à un de ceux qui sont indiqués.* »

Ainsi parle Merlin (1). Cette façon de disposer était surtout habituelle entre époux, particulièrement en pays de droit écrit, et aussi dans certains pays de coutumes qui toléraient les avantages entre époux. Ricard (2) nous explique le motif de cet usage : « L'expérience nous fait connaître, écrit-il, que ces sortes d'institutions sont encore aujourd'hui d'un usage fort fréquent, particulièrement en pays de droit écrit, où les maris et femmes ont coutume de se déférer entre eux cet honneur

(1) *Répertoire*, V^o *Choix*, § 1.

(2) *Op. cit.*

de laisser au survivant, par celui qui décède le premier, la liberté de lui choisir un héritier universel entre leurs enfants, ce qu'ils pratiquent par le principe d'une sage politique, et *afin de transmettre toute la puissance entre les mains de celui qui survit, et lui conserver, par ce moyen, le respect des enfants* » (1).

Ce résultat, qui aboutissait à créer une inégalité choquante entre les enfants, et que devait favoriser étrangement le régime des substitutions, n'était pas seulement atteint au moyen des testaments, comme sembleraient le faire croire les textes précités ; il pouvait encore être obtenu par insertion au contrat de mariage des époux. Un passage de Maynard (2) en fait foi : « Les père et mère, dit-il, ont l'habitude de donner par leur contrat de mariage la moitié de tous les biens à l'un des enfants mâles... tel què les mariés nommeraient, ou en défaut de nommer, tel que l'un ou l'autre d'eux qui se trouverait survivant nommerait (3) ».

(1) Comp. ce passage de Merlin : « Ces sortes de dispositions sont fort usitées en pays de droit écrit, où il est assez ordinaire que le mari et la femme s'instituent héritiers, à la charge de remettre l'hoirie à tel de leurs enfants que le survivant jugera à propos. »

(2) *Notables et singulières questions de droit civil jugées au Parlement de Toulouse*, liv. 3, chap. C.

(3) Cf. ce passage de Ricard : « Dans les contrats de mariage, il n'est pas rare de voir les deux époux faire une donation de tel ou tel autre bien en particulier, ou d'une portion de tous leurs biens en général ; quelquefois une institution d'héritier en fa-

Etant donnés les intérêts divers et incompatibles, attachés au choix du chargé d'élire, il est naturel que l'exercice d'une telle faculté ait soulevé un certain nombre de questions subsidiaires, assez délicates, et diversement résolues.

Il arrivait notamment que celui qui avait le pouvoir d'élire décédait sans avoir pris parti. Qu'en résultait-il ?

Merlin (1) rapporte qu'une jurisprudence constante appelait à la succession du « substituant » les héritiers présomptifs. Les arrêts des 16 avril 1585 et 15 mai 1592 sont en ce sens : la condition *si eum elegerit Titius* étant devenue impossible, on la considérait, sans doute, comme *non écrite*. L'ordonnance de 1735 sur les testaments, par cela même qu'elle ne prononce pas, dans l'espèce, la caducité du fidéicommiss, semble s'être rangée à cette opinion.

On discutait également en ce qui concerne le temps durant lequel l'élection doit ou peut être faite : il était d'usage de s'en référer aux termes de la disposition. D'une façon générale, il était admis que l'élection du fidéicommissaire et la remise du fidéicommiss pouvaient être anticipées,

veur de celui de leurs enfants qu'ils choisiront ensemble, ou qui sera choisi par l'un d'eux » (*Traité des substitutions*, chap. XI, 2^e partie).

(1) *Répertoire*, V^o *Choix*, § 3.

et, en particulier, que l'élection pouvait précéder « de longtemps » la remise du fidéicommis. L'article 65 de l'Ordonnance de 1735 était nettement en ce sens : « La disposition de l'article précédent aura lieu, *encore que le choix ait été fait avant le temps porté par le testament*, si ce n'est que le testateur eût prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme par lui marqué, auquel cas le choix ne sera irrévocable qu'après l'expiration dudit terme. . . »

Mais une question beaucoup plus grave partageait, avant l'Ordonnance de 1735, la doctrine et la jurisprudence : il s'agissait de savoir si, après avoir fait une première élection, « l'élisant » pouvait en faire une seconde, capable d'anéantir la première ?

Des auteurs comme Cujas, Barry, Faber, Fernand, Henrys, voulaient que l'on distinguât suivant que le disposant avait accordé la faculté d'élire *simplement*, ou *dans un temps limité*, ou *indéfiniment* : si, par exemple, le survivant de deux époux jouit *simplement* de la faculté d'élire « un des enfants », son pouvoir cesse dès qu'il s'est prononcé ; même solution au cas où le dernier mourant aurait chargé d'élire « un des enfants *lorsqu'il sera majeur*, ou *lorsqu'il se mariera* ». Au contraire, ajoutaient ces mêmes auteurs, lorsque le droit d'élire est *indéfini*, c'est-à-dire toutes

les fois que le testateur a donné au survivant le pouvoir d'élire *quand il lui plaira*, cette faculté dure toute la vie du survivant et peut s'exercer jusqu'au dernier moment.

Les partisans de cette opinion, on le voit, se fondaient uniquement, pour soutenir leur système, sur les *termes* de la disposition principale.

D'autres juristes entendaient, au contraire, n'envisager que *les actes* par lesquels l'élection avait été faite. Ni les lois romaines, disaient-ils, ni les ordonnances ne prescrivent une forme déterminée pour faire élection. L'élection peut donc être faite indifféremment, à titre de disposition *accessoire*, dans un contrat de mariage, par exemple, ou faire l'objet, à titre de disposition *principale*, d'un acte particulier (1). Le choix de l'élisant était-il contenu dans un testament ? Nul doute à cet égard : il était *révocable* comme l'acte auquel il se trouvait joint. Était-il exprimé dans une

(1) On tirait de là quelques conclusions intéressantes : il en résultait, notamment, qu'une élection, insérée dans un testament ou une donation entre vifs n'était pas nulle, parce que l'un de ces actes ne pouvait être exécuté, par suite d'un défaut de forme (Il fallait admettre, bien entendu, que l'authenticité de l'acte n'était pas compromise). Ricard (*op. cit.*) cite l'exemple d'un testament fait en pays de droit écrit, et qui « pèche par le vice de *prétérition* ». En l'espèce, l'institution d'héritier devenait caduque, mais les legs particuliers restaient valables. L'élection contenue dans le testament devait donc aussi s'exécuter, « parce que, selon Ricard, le vice de *prétérition* ne donne pas atteinte à la foi de l'acte ».

donation entre vifs ? La jurisprudence se montrait hésitante. A l'encontre du système admis par un certain nombre de Parlements « qui avaient embrassé l'opinion de Cujas », le Parlement de Paris considérait l'élection comme irrévocable (en ce sens : arrêt du 20 avril 1660). Boniface (1) rapporte aussi un arrêt du 7 mai 1674, par lequel le Parlement de Provence avait jugé que le choix de « l'élisant », joint à une donation entre vifs, demeurait irrévocable.

Même diversité d'opinions quant à l'élection faite par contrat de mariage ; la jurisprudence du Parlement de Paris n'hésitait pas à se prononcer dans le sens de l'irrévocabilité ; l'arrêt du 27 juillet 1658 en est la preuve.

Cette décision était logique, puisque le contrat de mariage est irrévocable.

Cependant, le Parlement de Toulouse avait adopté une distinction assez originale. « Il faisait dépendre, écrit Ricard (2), l'irrévocabilité de l'élection, faite par contrat de mariage, *de la procréation d'enfants* : s'il en naissait du mariage l'élection devenait irrévocable ; si le mariage était stérile, l'élisant n'avait point « les mains liées par la première élection ».

En présence de doctrines aussi divergentes, la

(1) *Op. cit.*

(2) *Op. cit.*

logique du chancelier d'Aguesseau trancha la question conformément à la jurisprudence du Parlement de Paris. L'article 64 de l'ordonnance de 1735 dispose : « Lorsque celui qui aura été chargé d'élire aura déclaré son choix par contrat de mariage, ou par acte entre vifs, accepté, par celui qui aura été élu, dans la forme prescrite pour l'acceptation des donations par notre ordonnance du mois de février 1731, ledit choix sera irrévocable. »

C'est ainsi que, finalement, notre ancienne législation admit le principe opposé à celui de la jurisprudence romaine (1).

Nos anciens auteurs discutaient encore passionnément sur le point de savoir si l'époux survivant, chargé d'élire un des enfants communs, conservait son pouvoir lorsqu'il se remariait.

En ce qui concerne le père, la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour lui conserver ladite faculté. Maynard (2) rapporte un arrêt de mai 1588, prononcé en ce sens, « tant, écrit-il, pour ne pas frauder sans cause la dernière volonté de la testatrice que pour être permis au père ainsi remarié : *« nedum negotia liberorum prioris matrimonii utiliter administrare, sed et dividendi inter eos liberos, vel eligendi quem voluerit licentia non denegata »*.

Relativement au remariage des mères, quelques

(1) Voy. la loi 77 ff. *de leg.*, citée dans notre première partie.

(2) *Op. cit.*

auteurs se montraient plus restrictifs, surtout lorsque le mariage avait eu lieu dans l'année du deuil. Ils estimaient que cette injure à la mémoire du premier mari rendait la mère indigne de la confiance du défunt. Ils craignaient, en outre, qu'une telle hâte de se remarier ne fût un signe de peu d'attachement aux enfants de son premier mariage, et redoutaient, par suite, que la mère ne fît mauvais usage des pouvoirs qui lui étaient confiés.

Un tel système était, toutefois, difficile à justifier. Aussi la plupart des docteurs regardaient-ils ces craintes comme mal fondées, « puisque (1), par ces secondes nocces, les remariés étant privés et perdant toutes les autres commodités particulières qui les pouvaient concerner, n'ont, à cet égard, que leur simple et un ministère pour faire ladite élection, sans pouvoir par eux, leurs enfants du second mariage profiter, ni autrement rien retenir, l'élection étant restreinte entre les enfants du premier mariage, les autres entièrement exclus. Aussi, quant à cette élection, tout soupçon contre les enfants du premier lit, et le prétexte des précautions prises en leur faveur cessant, il n'y a pas lieu à la privation de l'élection ».

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que la

(1) Maynard, *op. cit.*

question est restée purement doctrinale : Maynard confesse, en effet, « ingénûment ne l'avoir point vu juger par les cours de Parlement au pays de droit écrit ».

Il se présentait des difficultés analogues touchant la faculté d'élire *un des enfants* laissé à l'un des époux par le premier mourant. On se demandait, en effet, si le chargé d'élire pouvait choisir un des *petits-enfants* au préjudice des enfants du premier degré. La réponse dépendait évidemment du sens plus ou moins large qu'il convenait de donner au mot « enfants ». La jurisprudence romaine était dans le sens d'une large interprétation : l'expression *liberi* s'étendait, sans difficulté, à tous les descendants, quel que soit leur degré (1). Aussi, quelques auteurs, imprégnés des principes romains, n'hésitaient-ils pas à se montrer aussi tolérants : « Le mot « enfants », disait Ricard (2), est général pour signifier tous les degrés de la ligne descendante : ce qui a lieu, soit qu'il s'agisse d'empêcher l'ouverture d'un fidéicomis, en conséquence de la condition « s'il décède sans enfants », ou de donner effet à une substitution au profit des petits-enfants ». On ajoutait qu'il était d'ailleurs conforme à l'affection présumée du testateur d'ap-

(1) « *Liberorum appellatione nepotes et prenepotes, ceterique qui ex his descendunt, continentur* » (L. 220, ff. *de verb. signif.*).

(2) Ricard, *op. cit.*, chap. VIII.

peler les petits-enfants en l'absence d'enfants du premier degré. La jurisprudence du xvii^e siècle s'était ralliée à cette opinion (arg. arrêt du Parlement de Paris, en date du 12 février 1692).

Néanmoins, si solides que fussent ces arguments, ils n'avaient cependant pas conquis toute la doctrine. Certains trouvaient, en effet, cette interprétation trop extensive. Le doute subsistait.

Aussi, soit afin d'éviter des procès trop nombreux, toujours préjudiciables au repos des familles, soit dans le but de diminuer « la rigueur du droit d'élection », qui tend à gratifier l'un des enfants au préjudice des autres, le chancelier d'Aguesseau mit fin à cette controverse par l'Ordonnance de 1735 sur les testaments. L'article 62 dispose : « Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire *un des enfants* du testateur ne pourra élire *un des petits-enfants* ou descendants, et, si les enfants du premier degré décèdent avant que le choix ait été fait, le droit d'élire demeurera caduc, *a moins* que le testateur n'en ait autrement ordonné » (1).

(1) Cette décision, en apparence contraire aux lois romaines, pouvait cependant s'appuyer, à la rigueur, sur les textes romains, en invoquant le fragment 67, § 7, D., *de leg.*, II (31). Cette remarque prouve une fois de plus combien la jurisprudence romaine était elle-même divisée sur la question qui nous occupe.

Remarquons, d'ailleurs, que le sens du mot *enfants* n'était ainsi restreint que dans l'hypothèse dont il s'agit. Hors ce cas, le mot « enfants » conservait le sens général que lui avaient donné les juristes de l'ancienne Rome.

Il appartenait encore au chancelier d'Aguesseau de trancher définitivement la question de savoir si l'élisant peut grever les appelés, choisis par lui, d'une substitution ou d'autres charges ?

La doctrine et la jurisprudence se montraient assez partagées ; quelques auteurs, et non des moindres, Ricard, Henrys, se refusaient à admettre qu'une femme, par exemple, instituée héritière par son mari, à charge de restituer la succession à celui des enfants qu'elle préférerait, pût grever, à son tour, de substitution l'enfant qu'elle avait choisi : « Celui qui est chargé d'élire, écrivait Ricard (1), *ne faisant que les fonctions d'un mandataire*, doit se renfermer strictement dans les limites du pouvoir qu'il a reçu, et ne peut par conséquent pas sortir du cercle dans lequel l'auteur de la substitution a circonscrit le choix d'un substitué. »

La jurisprudence des Parlements de province était, en général, contraire à cette opinion : les Parlements de Toulouse, du Dauphiné, de Provence se prononçaient, en effet, nettement en sens

(1) Ricard, *Traité des substitutions*.

opposé. Seul, le Parlement de Bordeaux se montrait quelque peu dissident ; le système qu'il avait adopté reposait même sur une distinction assez difficile à justifier en droit : l'élection était-elle faite par contrat de mariage ? la substitution n'était pas « reçue » ; faisait-elle l'objet d'un acte particulier ? la substitution était admise. Au contraire, le Parlement de Paris soutenait, avec une grande force d'arguments, la doctrine d'Henrys. Il repoussait le système adopté par les Parlements de province pour deux raisons : « la première était que l'héritier, chargé d'élire, ne faisant que l'office de *mandataire* du testateur, lorsqu'il choisit, visiblement il excéderait les bornes du mandement, en grevant celui qu'il choisirait d'une charge qu'il n'est pas autorisé d'imposer par le testament ; la seconde, c'est qu'on ne peut raisonnablement imposer des charges qu'à sa propre libéralité. Or, celui qui choisit un des éligibles n'exerce point une libéralité personnelle, il ne fait qu'appliquer la libéralité d'autrui, et remettre la chose dont il avait été jusqu'alors simple dépositaire : par conséquent, ce n'est point à lui à ajouter aux lois prescrites par le testament, qui est le titre commun, et du sujet chargé d'élire, et du sujet élu (1). »

(1) Ricard, *op. cit.* On le voit : au fond, le système de Ricard n'était autre chose que le développement des idées romaines

On le voit, la confusion la plus grande régnait en cette matière. D'autre part, l'opinion de Ricard étant, de toutes, la seule logique, il importait, dans l'intérêt des plaideurs, de clore cette controverse inutile. Ce fut l'œuvre de d'Aguesseau qui, dans l'article 63 de l'Ordonnance de 1735 sur les testaments, confirma la jurisprudence du Parlement de Paris. En cet article, il est dit : « Celui qui aura été chargé d'élire un des enfants du testateur ou autre, ne pourra grever celui qu'il choisira d'aucune autre substitution, *même en faveur d'un sujet éligible*. » Cet article est lui-même complété par l'Ordonnance des substitutions (art. 14) : « Lorsque la donation ou l'institution contractuelle aura été faite, à charge de remettre les biens donnés à celui que le *donateur ou le donataire* voudra choisir, celui qui sera élu ne pourra, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être chargé d'aucune substitution. »

Ce dernier texte présente ceci de remarquable qu'il interdit de grever l'appelé de substitution non seulement au chargé d'élire, mais encore au donateur lui-même. C'est une nouvelle preuve du désir qu'avait d'Aguesseau de diminuer le nombre des litiges soulevés par cette question.

Parmi les difficultés relatives à la faculté d'é-

sur ce sujet. Voy. *suprà*, le fragment 67, D., de leg., cité dans notre première partie.

lire, nous n'avons, jusqu'à présent, examiné que celles qui se rapportent au grevé, au chargé d'élire. Ne pouvait-il pas surgir des difficultés analogues relativement à la personne de l'appelé? L'affirmative paraît certaine : nous trouvons, en effet, un arrêt du 2 juillet 1640, rendu par le Parlement de Paris, lequel déclare que le fils, marié sans le consentement de sa mère, s'est, par cette faute, rendu indigne du choix dont il avait été l'objet de la part de celle-ci (1). De même, par arrêt du 30 juillet 1675, le Parlement de Grenoble jugeait *indigne* du choix de sa mère, le fils qui l'avait insultée.

Merlin (2), enfin, rapporte que l'on discutait aussi sur le point de savoir si, « des enfants étant convenus de partager entre eux le fidéicommis, sans attendre le choix de leur père ou de leur mère, et ayant transigé en conséquence », on doit considérer cet acte comme une injure ou une indignité suffisante pour les faire priver du fidéicommis. Les auteurs n'étaient pas d'accord sur la solution qu'il

(1) Cette jurisprudence se conformait ainsi à l'esprit de la législation d'alors, relative à ce que l'on appelait *les mariages clandestins* : l'Edit d'Henri II (février 1556) autorisait les parents à exhéréder ceux de leurs enfants qui s'étaient mariés sans leur consentement ; et l'Ordonnance de novembre 1639 déclare les mêmes enfants déchus de plein droit, de tous leurs droits successoraux, et de tous les avantages qui pouvaient résulter de testaments ou de leur contrat de mariage.

(2) Merlin, *Répertoire*, V^o *Choix*.

convenait de donner à la question ; d'autre part, la jurisprudence paraît assez pauvre sur un tel sujet. Boniface (1), il est vrai, cite un arrêt du 29 octobre 1686, par lequel le Parlement de Paris a déclaré une telle transaction valable. Mais, ainsi que le remarque fort justement Merlin, cet exemple n'est pas très probant : en l'espèce, il semble plutôt que si la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, « c'est que le père, en maltraitant les enfants, et en tirant d'eux de l'argent pour faire différents choix, tantôt en faveur de l'un, tantôt en faveur de l'autre, s'était rendu indigne de choisir ».

Les quelques exemples précités montrent quelle obscurité enveloppait, sous notre ancienne législation, les solutions apportées à la question qui nous occupe.

Nos anciens auteurs, la jurisprudence des Parlements essayaient d'étayer les arguments de leurs discussions et les motifs de leurs arrêts, sur les textes romains. Mais ceux-ci, nous l'avons vu, présentaient souvent la plus grande diversité d'opinions. La *raison écrite* elle-même paraissait donc quelque peu insuffisante pour mettre un terme à ces difficultés.

D'autre part, nous avons eu l'occasion de remarquer combien, en pays de droit écrit, il était

(1) Boniface, *op. cit.*

d'usage d'ajouter à l'abus, déjà grand, des substitutions fidéicommissaires celui de la faculté d'élire : celle-ci, par l'inégalité qu'elle entraînait forcément entre les enfants d'une même famille, augmentait encore ce mal, si profond, déjà favorisé par l'esprit de notre ancien régime. Des procès, et, ce qui est plus grave, des haines, voilà le plus souvent, quel était le bilan de la situation engendrée par la faculté d'élire (1). Mais, se demande M. Audouin (2), « de tels inconvénients étaient-ils assez graves pour compenser un avantage considérable résultant de cette institution : celui de maintenir les enfants dans le respect de leur père et surtout de leur mère survivante ? »

On serait peut-être tenté de l'admettre : la question de respect dû aux parents ne concerne-t-elle pas plutôt la morale, l'éducation, que la loi ?

...*Quid leges sine moribus*

Vanæ proficiunt ? (Horace, ode III, 24,
vers 35 et 36)

Et d'ailleurs, pourrait-on ajouter, triste est le respect hypocrite, inspiré non par une affection sincère, mais par une cupidité déguisée !

(1) Comp. ce que dit Bergier, le savant annotateur de Ricard, au sujet de la faculté d'élire : « Quel est donc le fruit que l'on peut attendre de cette clause, souvent impuissante, et cependant devenue si fort à la mode, dans quelques provinces ? Le fruit que promettent tant d'autres clauses qui ne sont pas moins à la mode, ni mieux entendues, *des procès !* »

(2) Audouin, *op. cit.*

N'avons-nous pas vu, d'autre part, que la faculté d'élire pouvait parfois devenir, entre les mains de parents peu scrupuleux, un moyen d'extorquer de l'argent à leurs enfants ?

Voilà sans doute pourquoi la faculté d'élire de l'ancien droit, dont le rôle principal consistait à augmenter l'inégalité entre les enfants d'une même famille, inégalité plus choquante encore que l'inégalité naturelle qui pèse sur les membres d'une même société, n'allait pas trouver grâce devant l'esprit égalitaire de la Révolution. Et cependant, il convient de le reconnaître, les excès engendrés par la faculté d'élire n'étaient pas de l'essence de cette institution : ils étaient bien plutôt imputables au régime des substitutions. Ramenée aux justes limites dans lesquelles l'avait partiellement enserrée la jurisprudence romaine, la faculté d'élire aurait pu, à la rigueur, être conservée. Mais il eût fallu un esprit autrement impartial que n'était celui du législateur de cette époque troublée pour apercevoir que le seul reproche sérieux, qu'il fût possible d'adresser à la faculté d'élire, était d'avoir trop bien servi le régime des substitutions.

L'abrogation de la faculté d'élire par le droit intermédiaire apparaît ainsi comme le corollaire de l'abrogation des substitutions (1).

(1) La faculté d'élire complétait si bien, en effet, le système
T. — 4

La faculté d'élire fut expressément abrogée par la loi du 17 nivôse an II, article 23 (1). Cette loi avait été au plus pressé : elle n'abolissait, en effet, que le droit laissé au conjoint survivant d'élire un ou plusieurs héritiers dans ses biens. Mais elle laissait dans l'ombre la faculté d'élire conférée à tous autres qu'à des époux. Ce fut le décret-loi du 7 fructidor an II, article 3, qui acheva l'œuvre commencée par la loi de nivôse (2).

Ainsi disparut, avec l'ancien régime, la faculté d'élire (3).

des substitutions « que la Cour de Riom, écrit Demolombe (§ 106), a pu décider que la loi du 17 mai 1826, qui avait rétabli, en partie, les substitutions, avait, du même coup, rétabli la faculté d'élire. Et, c'est aussi, par le même motif en sens inverse que la loi du 9 fructidor an II (art. 19) avait décidé qu'en abolissant la faculté d'élire, elle ne faisait que compléter la loi de 1792, abolitive des substitutions ». — Comp. Aubry et Rau, t. VII, p. 15 ; Troplong, t. I, n° 164.

(1) Article 23 : « Dans le cas où un époux, décédé avant ou depuis le 14 juillet 1789, aurait conféré au conjoint survivant la faculté d'élire un ou plusieurs héritiers dans ses biens, l'élection, si elle n'a lieu que le 14 juillet 1789 ou depuis, demeure nulle et de nul effet ; et tous les héritiers présomptifs au préjudice desquels elle aurait été faite, sont, nonobstant toute exclusion, appelés à partager la succession de la même manière et par les mêmes règles que celles ouvertes depuis et compris le 14 juillet 1789. »

(2) Article 3 : « L'article 23 de la loi du 17 nivôse demeure commun au cas même où la faculté d'élire a été conférée à tous autres qu'à des époux, si l'élection n'a son effet que le 14 juillet 1789, ou depuis. »

(3) On le voit, la loi du 17 nivôse avait aboli la faculté d'élire, même avec effet rétroactif. Mais cet effet rétroactif, dont les

TROISIÈME PARTIE

DE LA FACULTÉ D'ÉLIRE EN DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

LE CODE CIVIL A-T-IL RÉTABLI LA FACULTÉ D'ÉLIRE ?

Il est remarquable qu'en aucun article le Code civil ne fait allusion à la faculté d'élire.

Le législateur de 1804 a-t-il voulu, par ce silence, confirmer la décision des lois de nivôse et de fructidor an II, ou, au contraire, a-t-il entendu rétablir cette ancienne institution ?

Une telle question devait naturellement soulever une assez vive controverse parmi les premiers commentateurs du Code civil.

conséquences auraient été désastreuses, fut ensuite rapporté par la loi du 18 pluviôse an V, article 7. Voy. à ce sujet : Dalloz, *Répertoire*, V^o *Dispositions*, t. 16, §§ 679 et suivants, 699, 2025, 2033 et suivants, où tous les arrêts relatifs à cet ordre d'idées sont intégralement rapportés.

Les uns comme Merlin (1), Rolland de Villargues (2), Grenier (3) et même, plus tard, Demolombe (4), partisans du premier système, s'appuyaient, pour soutenir leur thèse, sur le fait même de l'abrogation de la faculté d'élire par le droit intermédiaire, et aussi sur les travaux préparatoires du Code civil.

Le premier argument n'avait pas grande valeur, attendu que l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII retire expressément toute autorité aux lois antérieures relativement aux matières qui sont l'objet du Code civil. Cette loi, il est vrai, ne vise que les lois révolutionnaires, et non le droit intermédiaire, mais l'abrogation de la loi de nivôse n'en demeure pas moins certaine.

Quant aux travaux préparatoires, ils se réduisaient aux paroles du tribun Jaubert, lesquelles, par leur ton trop affirmatif, prêtaient certainement à la critique : « En matière de dispositions de biens, disait Jaubert, il ne peut y avoir de facultés que celles qui sont déferées par la loi. Aussi le projet ne s'expliquant *pas sur l'ancienne faculté d'élire*, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée.

(1) Merlin, *Répertoire*, V° *Legs*.

(2) Rolland de Villargues, *Traité des substitutions*.

(3) Grenier, *Traité des donations*, t. I, p. 413.

(4) Demolombe, *Cours de Code Civil*.

« Heureuse interdiction ! Que de procès prévenus ! Que d'actes immoraux épargnés à un grand nombre de ceux que l'exercice de cette faculté aurait pu intéresser !

« L'homme peut donc disposer pourvu qu'il le fasse, ou par donation entre vifs ou par testament et qu'il s'agisse d'une transmission directe et immédiate (1).

C'était évidemment aller trop loin. Troplong (2) remarquait avec raison que de telles paroles ne sauraient faire impression : « Tout, dit-il, y est faux et contestable. Il n'est pas vrai qu'en matière de dispositions de biens, il n'y ait de facultés que celles qui sont concédées par la loi. C'est le contraire qui est vrai, et notre article 902 le dit en termes formels... »

Le Code civil indiquant, en effet, *d'une façon limitative* (art. 902) les incapacités de recevoir, il est impossible de maintenir les incapacités anciennes dont il ne parle pas. « Et de même que l'incapacité des religieux n'est plus admise par

(1) Voy. Grenier, *Observations préliminaires*, t. I, n° 8.

(2) Troplong, *Droit civil expliqué*, t. I, n° 848. — Voy. dans le même sens : Delvincourt (*Cours de droit civil*, t. II, p. 331) : « Personne plus que moi ne rend justice au talent et à la sagacité de l'auteur du rapport dont il s'agit ; mais je ne puis néanmoins me dispenser de faire observer que l'article 902 du Code civil contient précisément une disposition contraire aux principes établis par le rapporteur. »

personne, les textes du droit intermédiaire ne suffisent pas à établir que la faculté d'élire est restée interdite » (1).

On réplique, il est vrai, que la loi de nivôse se fondait sur ce fait que « le tiers à élire était incertain, et pouvait être incapable ». Cet argument n'est pas décisif. Le droit romain se montrait fort restrictif relativement aux dispositions en faveur des personnes incertaines, et cependant, nous avons vu que la faculté d'élire n'y était pas prohibée. De même, dans l'ancien droit, il était interdit de léguer aux incapables et aux personnes incertaines, et c'est pourtant, à cette époque, que la faculté d'élire atteignit son apogée.

A défaut d'arguments pris en dehors du Code civil, il a bien fallu se résoudre à en chercher dans le Code civil lui-même. On a voulu notamment induire des termes de l'article 895 l'abrogation implicite de la faculté d'élire. Or, dans cet article, il est dit : « Le testament est un acte par lequel le testateur *dispose*, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer. » D'autre part, ajoute-t-on (2), on ne peut soutenir que le testateur *dispose* lorsqu'il charge un tiers de disposer pour

(1) Voy. Wahl, note sous arrêt de Caen, 9 juillet 1896 (S. 96. 2.281).

(2) Voy. Audouin, thèse précitée.

lui. « C'est donc dans cet article et non ailleurs qu'il faut chercher le principe de l'interdiction. »

Ce raisonnement si simple, qui a séduit la plupart de nos auteurs, et non des moindres, a tout lieu de nous surprendre. En raisonnant ainsi, en effet, on pourrait tirer absolument la même conclusion de la définition romaine du testament, dont notre article n'est que la traduction littérale. *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (L. I, D., *de test.*). Et pourtant, nous l'avons vu, la jurisprudence romaine n'hésitait pas à admettre, dans une certaine mesure, il est vrai, la faculté d'élire. « Il serait singulier que nous fussions plus sévères à ce sujet que les Romains, si portés au formalisme, en matière de testament » (1).

(1) Troplong, *op. cit.* Voy. également Audouin, *op. cit.* Cet auteur qui semble s'être rattaché au système général, *prohibitif de la faculté d'élire*, écrit cependant : « Les interprètes du Code civil concluent de l'article 895 que la *désignation* du légataire est un élément *essentiel* du testament. Mais il faut bien se garder de donner à ce principe, ainsi formulé, une extension qu'il ne comporte pas. Si l'on entend par là que le testament doit, pour être valable, contenir expressément une institution d'héritier, on va beaucoup trop loin, et une telle exigence nous ramènerait à la période la plus formaliste du droit romain. La législation française n'est pas aussi affirmative qu'on veut bien le dire. L'article 895 n'ajoute pas *en faveur d'une personne expressément désignée*. Nous devons donc restreindre le principe ci-dessus formulé dans les termes suivants : « Il faut que la personne qui réclame le bénéfice du legs ait été clairement désignée par le testateur. C'est la traduction du principe romain : *Hæres institui nisi ut certe demonstretur nemo potest*.

En quoi, par exemple, une disposition ainsi conçue serait-elle inconciliable avec l'article précité? « Je lègue ma fortune à celui de ma famille que mon ami X... jugera digne » (1). Le testateur peut avoir de fort bonnes raisons pour agir ainsi : il lui est peut-être difficile, de son vivant, de reconnaître quel est, de ces parents, celui qui lui porte véritablement le plus d'affection. L'hypocrisie est parfois si grande, surtout lorsqu'elle est guidée par la cupidité! N'est-il pas probable, qu'après sa mort, le tiers, auquel il confie le choix de son légataire, sera plus à même que lui de juger et de décider (2)?

On objecte que le bénéficiaire de la disposition dont il s'agit est une personne incertaine, et par tant incapable. — C'est une erreur : en l'espèce, il s'agit de *personæ incertæ ex certis personis*. Or « la personne n'est pas incertaine... quand le testateur charge son exécuteur testamentaire d'élire son héritier ou légataire dans le cercle étroit de certaines personnes déterminées, par exemple, parmi les

(1) Il faut évidemment supposer, qu'en pareil cas, le testateur n'a pas d'héritiers réservataires, sans quoi il ne pourrait disposer ainsi que de la quotité disponible.

(2) Il est si vrai qu'on ne peut conclure l'abrogation de la faculté d'élire des termes de l'article 895 que Laurent, adversaire de cette institution, avait décidé, dans son *Avant-projet de revision du Code civil* (t. III, p. 671), d'établir l'article suivant : « Sont nulles les dispositions contenant la faculté illimitée ou limitée d'élire » (art. 1014).

membres de sa famille, parce que, dans ce cas, la *volonté* du disposant *se fixe avec certitude sur l'une* des personnes qui se trouve dans la catégorie désignée, bien qu'il ne sache pas quelle est cette personne (1).

C'était aussi la solution adoptée par les jurisconsultes romains, et, cependant, nous savons qu'ils n'admettaient pas plus que nous les legs aux personnes incertaines : *incertæ personæ legatum inutiliter relinquitur*.

On objecte encore qu'une telle disposition est contraire à l'essence du testament, que la désignation du légataire doit émaner de la volonté personnelle du testateur, et non du choix d'un tiers (art. 895). — Nous répondrons qu'en l'espèce le bénéficiaire tient effectivement sa libéralité de la volonté du disposant lui-même ; le tiers ne fait qu'exécuter la charge de confiance que lui impose le testateur, et son choix est ratifié, d'avance, par le disposant.

Telle était déjà, à l'époque de Ricard, l'opinion du juriste Bergier, avocat en Parlement : « Une semblable disposition, écrivait-il, part évidemment de la volonté du testateur ; elle existe indépendamment de la volonté de celui à qui est déféré le choix ; ce dernier n'en a que l'*application*, par conséquent la règle générale qui veut que le testa-

(1) Voy. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 35.

ment soit l'expression de la volonté propre du testateur, *voluntatis nostræ justa sententia*, n'est pas blessée » (1).

Les adversaires de la faculté d'élire n'admettent pas cette thèse, qui, à leurs yeux, n'est autre chose qu'une pétition de principe : la preuve, disent-ils, que la disposition dépend toujours, en fait, non de la volonté du testateur lui-même, mais du chargé d'élire, c'est que celui-ci peut à son gré s'abstenir de choisir, et, par suite, rendre illusoire la volonté du testateur ; en un mot, le chargé d'élire tient la volonté du testateur enserrée dans la sienne propre. Peut-on dire, en de telles conditions, que c'est toujours le testateur qui dispose ?

Cet argument captieux est facile à réfuter si l'on analyse la disposition avec faculté d'élire : qu'a voulu, en effet, le disposant, dans l'exemple précité ? d'abord que sa fortune revienne à sa famille : c'est la *partie principale* de la disposition ; ensuite, qu'elle revienne, de préférence, à celui de ses parents que le chargé d'élire jugera digne : c'est le *point secondaire*. Cette dernière condition ne se trouverait-elle pas remplie, par suite de la mort ou de l'*abstention* de l'élisant, que la volonté du testateur n'en serait en rien froissée, puisque, suivant la règle romaine : *si neminem eligat, omnes*

(1) Voy. les notes de Bergier dans l'ouvrage de Ricard précité, *loc. cit.*

ad petitionem fideicommissi admitti..., les divers éligibles seraient recevables à réclamer le bénéfice du legs. Il demeure donc vrai de dire que la disposition avec faculté d'élire est bien l'expression de la volonté du testateur, attendu que, dans tous les cas, elle sera exécutée *dans ce qu'elle a d'essentiel*.

Soit, dit-on ; admettons que l'article 895 vise seulement *la transmission* des biens du *de cujus*, et, dans ce sens, peut se concilier, à la rigueur, avec la faculté d'élire *sub certa demonstratione*. Mais il y a les articles 902 et suivants, qui, en édictant des règles de capacité ou d'incapacité, semblent, par cela même, exiger « une détermination notoire de la personne gratifiée, la possibilité d'une vérification judiciaire ». Il est vrai. Mais cette objection vise peut-être la faculté d'élire indéfinie ; elle laisse intacte la faculté d'élire limitée à une certaine catégorie de personnes ; celles-ci sont suffisamment déterminées pour qu'il soit possible de vérifier leur capacité. Nous ne voulons pas dire, toutefois, que le caractère trop incertain des bénéficiaires éventuels puisse, dans quelques cas particuliers, être considéré comme une cause de nullité. Il peut arriver, en effet, qu'un testateur lègue sa fortune à un tiers à charge de l'employer suivant les intentions *secrètes* du disposant. C'est ce qu'on appelle la disposition avec charge secrète, ou encore, le fidéicommiss

tacite. Il est à craindre, en l'espèce, que la possibilité de vérifier judiciairement la capacité du bénéficiaire ne soit *illusoire*. N'est-il pas, d'ailleurs, probable que le testateur, par le désir qu'il a de garder le secret sur la personne du bénéficiaire, cherche à gratifier une personne légalement incapable de recevoir ?

Nous ne contestons pas la logique d'une telle décision. Nous remarquerons seulement que l'exemple dont il s'agit sort du champ de notre étude : le fidéicommiss tacite n'est pas absolument la faculté d'élire ; ce sont deux institutions différentes, qui, comme telles, ne sauraient recevoir les mêmes solutions.

Comprenant, sans doute, qu'il serait irrationnel de vouloir, à toute force, proscrire la faculté d'élire — faculté si naturelle que, si on voulait la condamner, il faudrait, du même coup, annuler presque tous les legs de bienfaisance — quelques auteurs conciliants, Demolombe, Aubry et Rau, sont allés jusqu'à admettre, *dans une certaine mesure*, la faculté d'élire, mais d'une façon *détournée* : oui, disent-ils, dans les legs de bienfaisance, par exemple, adressés à des particuliers au profit d'indigents ou de malades, il est vrai que le choix des bénéficiaires est, le plus souvent, abandonné à la volonté du légataire. C'est, disent-ils, que les éligibles sont des *bénéficiaires* et non des *légataires* :

le véritable, le *seul légataire* est le *tiers chargé d'élire* ; en lui seul se produisent les effets juridiques du legs. Or qu'est-ce que la faculté d'élire, sinon le droit conféré à un tiers par le testateur de choisir et désigner à sa place l'héritier ou le *légataire*. Il n'y a donc pas, dans le cas qui nous occupe, faculté d'élire, puisque l'élisant choisit, non pas des légataires, mais des *bénéficiaires*. « Si les bénéficiaires de la charge étaient les véritables légataires, comme ils ne sont pas désignés, et que cette désignation devra être faite par un tiers, nous aurions bien, dans l'espèce, une faculté d'élire portant sur l'institution même, sur le legs, et il en résulterait la nullité de la disposition » (1).

Raisonner ainsi, selon nous, c'est jouer sur les mots, c'est sacrifier le bon sens à la forme, c'est finalement en revenir à un formalisme aussi rigoureux que le formalisme romain de « l'enfance du droit » avec la logique en moins. C'est, en outre, se montrer peu conforme à l'esprit du Code civil, qui, en matière de testament, loin de chicaner sur les expressions employées, n'admet plus l'antique distinction de l'*héritier* et du *légataire*. Avec un système pareil, il faudrait annuler une disposition ainsi conçue : « Je lègue ma fortune à ceux de mes parents qui seront choisis par X » ; et, au contraire,

(1) Voy. Audouin, thèse, *loc. cit.*

la reconnaître valable si le testateur s'est ainsi exprimé : « Je lègue ma fortune à X... à charge par lui de la répartir entre ceux de mes parents qu'il choisira. »

Il est étrange de vouloir, à toute force, forger des distinctions, manifestement contraires à l'esprit du Code civil, entre deux clauses qui ne diffèrent que par leurs termes : « C'est donner aux mots, écrit fort justement M. Planiol (1), une importance qu'ils n'ont pas, et qu'ils ne devraient pas avoir, que d'annuler l'attribution d'un *legs* à un *légataire* désigné par un *tiers*, quand on valide la *charge* dont le bénéficiaire est désigné par un *pseudo-légataire* qui ne retire aucun profit personnel du prétendu *legs*, qui lui est fait, et n'a du légataire que le *nom*. Le testateur sera donc victime des expressions qu'il aura choisies ? C'est en revenir à l'antique système du formalisme, comme au temps des actions de la loi. »

Un tel système doit être évidemment rejeté.

On le voit, il est impossible de trouver un article du Code civil qui puisse mettre obstacle à la faculté d'élire rationnellement limitée : que le tiers chargé d'élire reçoive le titre purement nominal de légataire, ou celui, plus pompeux encore, de lé-

(1) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 787, 2^e édition.

gataire universel ; qu'il recueille, comme prix de sa mission, quelque libéralité du testateur : ou, qu'au contraire, il reste les mains vides, sa charge remplie ; dans chacun de ces cas, il apparaît toujours comme un *simple intermédiaire*, choisi de confiance par le disposant pour exécuter ses dernières volontés.

La seule chose qui puisse être légalement exigée, c'est que l'*objet* de la charge soit clairement exprimé ; que les *bénéficiaires* soient suffisamment déterminés pour qu'il soit possible de vérifier leur capacité de recueillir, et « que les héritiers légitimes sachent à l'avantage de qui ils sont privés » (1).

Or, cette condition se trouve facilement remplie, si l'on s'en tient, à l'exemple du droit romain et de notre ancien droit, à *la faculté d'élire limitée à une certaine classe de personnes*.

Telle était aussi l'opinion de Troplong (2) : « La faculté d'élire, écrivait-il, n'a rien en soi de contraire aux lois, et nous voyons, dans le droit romain, et dans l'Ordonnance de 1735, la raison écrite telle qu'elle s'est montrée aux Gaius, aux Ulpien, aux Papinien, aux d'Aguesseau. »

Mais alors, dira-t-on, les abus engendrés par

(1) Note de M. Labbé sous arrêt de Douai, 1^{er} mai 1894. V. également la note de M. Beudant sous le même arrêt (S. 95.2.1).

(2) Troplong, *op. cit.*

cette institution, et que nous avons critiqués précédemment, ne risquent-ils pas de se reproduire sous l'égide d'un pareil système ?

Crainte chimérique ! peut-on répondre : le mal que nous avons signalé ne résidait pas dans la faculté d'élire. Celle-ci n'était qu'un *instrument*. Le mal était ailleurs, il était plus haut ; il était dans l'abus des substitutions, et, en général, dans les privilèges de famille dont s'enorgueillissait l'ancien régime.

Aujourd'hui, les enfants d'une même famille sont tous héritiers *réservataires*, et, comme tels, armés d'une action qui leur permet d'attaquer les libéralités dépassant la quotité disponible. Le testateur ne peut donc, à leur égard, user de la faculté d'élire qu'en ce qui concerne ladite quotité. A cela, on ne saurait trouver à redire. Enfin, il convient de le remarquer, la faculté d'élire, de nos jours, ne peut guère recevoir son emploi, d'une façon vraiment utile, qu'au point de vue des legs de bienfaisance : tout le monde a encore, présent à la mémoire, le legs de cent mille francs, fait en 1894 par une dame Cornil à Jules Simon, à charge par lui de répartir, *à son gré*, la dite somme parmi les œuvres qu'il jugerait les plus utiles (2). La faculté d'élire était, en l'espèce, absolument cer-

(1) Voy. journal *le Temps* du 9 février 1894.

taine. Personne, cependant, pas même les héritiers, n'a songé à critiquer cette façon de disposer.

Le Code civil n'a pas expressément rétabli la faculté d'élire. Mais il ne l'a pas non plus expressément abolie. Elle doit donc subsister dans la mesure où elle demeure compatible avec l'esprit du droit moderne (1).

(1) On pourra, peut-être, objecter que cette façon de raisonner n'est pas soutenable : la pratique, d'ailleurs, ajoute-t-on, l'a toujours repoussée, par cette raison que si on l'appliquait aux anciennes institutions que le Code civil n'a pas expressément abrogées, on les verrait, à coup sûr, presque toutes revivre. N'est-il pas de jurisprudence constante, par exemple, et de doctrine incontestée que l'action dirigée contre le testament *ab irato*, si en faveur dans notre ancien droit, n'existe plus aujourd'hui par cela seul que notre Code est muet sur la question. — A notre avis, c'est là une pure affirmation, démentie par les faits : l'action *ab irato* revit, en droit moderne, sous une autre forme peut-être, mais, au fond, pour le même motif qu'autrefois. Dans notre ancien droit, en effet, ne fondait-on pas l'exercice de cette action sur une sorte de fiction, d'après laquelle le testateur était censé avoir agi sous l'impulsion d'une telle colère que ses facultés mentales en avaient été altérées : *hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint*. Or, que font les tribunaux, sinon annuler les testaments, lorsqu'il y a lieu de supposer que la haine du testateur était « telle qu'elle ne peut s'expliquer que par une véritable insanité d'esprit » (Lyon, 25 juin 1816, D. 5. 231, S. 17.2.133 ; Cass., 29 février 1876, D. 76.1.367, S. 76.1. 155). On voit que, bien que l'action *ab irato* n'existe plus à l'état d'action distincte, elle subsiste cependant, et pour le même motif qu'autrefois, dans la mesure où elle demeure compatible avec l'esprit du droit moderne. Pourquoi n'appliquerait-on pas la même règle à la faculté d'élire ? C'est aux juges du fait à apprécier dans quelle limite l'institution dont il s'agit peut et doit subsister. Il y a, d'ailleurs, dans la jurisprudence de nombreux exemples d'où il ressort que d'anciennes institutions, sur l'existence desquelles le Code civil ne s'explique pas, sont maintenues, dans une mesure plus ou moins large, par les tribunaux. Nous trouvons un exemple de ce genre, dans

Telle est, à nos yeux, la solution *toute doctrinale*, qu'on pourrait donner de la question.

Nous allons exposer maintenant les fluctuations de la jurisprudence moderne en présence du problème qui nous occupe.

l'action fondée sur la captation, en matière de testaments. L'Ordonnance de 1735 (art. 47) l'avait formellement autorisée ; les auteurs du Code civil n'ont pas jugé utile de reproduire cette disposition. Eh bien ! la doctrine et la jurisprudence concluent de ce silence, — et cela, malgré que les travaux préparatoires (Voy. projet de l'an VIII) soient contraires à une telle interprétation — que le législateur a entendu laisser aux juges pleine liberté en cette matière. Pourquoi ne tiendrait-on pas le même langage relativement à la faculté d'élire ?

CHAPITRE II

EXPOSÉ DE LA JURISPRUDENCE MODERNE RELATIVEMENT A LA FACULTÉ D'ÉLIRE.

Il faut bien l'avouer, jamais la jurisprudence du xix^e siècle n'a adopté notre façon de voir au sujet de la faculté d'élire.

Et cependant, cette faculté est si bien de la nature du droit de tester que, malgré les efforts du droit intermédiaire et de la jurisprudence actuelle pour étouffer cette tendance, nous la voyons reparaître, à diverses reprises, dans certains testaments dont la validité est soumise à l'appréciation des tribunaux.

Lorsque l'on consulte les annales de la jurisprudence, sur la question, en est surpris de voir combien profonde fut la trace laissée par les lois de nivôse et de thermidor sur l'esprit de nos magistrats, et même de nos auteurs : la jurisprudence apparaît, en quelque sorte, comme fascinée par le fantôme des lois de l'an II, et, ce qui est plus singulier, les considérants de ses arrêts ont presque toujours trouvé un écho favorable chez les auteurs « qui disent le droit ».

On consent encore à admettre que les premiers arrêts qui suivirent la promulgation du Code civil conformes à l'esprit des lois de nivôse ; les abus soient engendrés par la faculté d'élire, au cours des siècles précédents, étaient sans doute trop présents à la mémoire des magistrats pour qu'il leur fût possible d'en faire abstraction. Il n'y a donc peut-être rien d'étonnant à retrouver dans les arrêts de Cassation des 17 pluviôse et 13 thermidor an XIII, relatifs aux affaires Grailhe et Grimal, les principes du droit intermédiaire, préconisés par Merlin dans ses plaidoyers : « Comme la loi de nivôse an II, dit-il, le Code se montre plus sévère que le droit romain quant à l'application de la règle qui défend de se référer, soit dans les institutions, soit dans les legs, à la volonté d'autrui. Il ne rétablit pas la faculté d'élire que la loi du 17 nivôse an II avait abolie, et par conséquent, il en maintient l'abolition (1).

A ces motifs, sur la valeur desquels nous nous sommes déjà expliqué, l'arrêt d'Aix du 5 juin 1809 ajoute encore celui tiré des paroles trop fameuses du tribun Jaubert : « d'où le rapporteur a conclu, dit la Cour, que le projet ne s'expliquant pas sur la faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée » (2).

(1) Voy. Merlin, *Répertoire*, V^o *Legs*, § 2, n^o 48 bis.

(2) L'arrêt dont il s'agit a été confirmé, le 12 août 1811, par

Nous ne reviendrons pas sur la faiblesse de tels arguments

Il est plus singulier encore de rencontrer, longtemps après la promulgation du Code civil, des arrêts dont les considérants reproduisent, avec quelques variantes, les mêmes idées erronées. Cet étrange préjugé de jurisprudence aurait, en partie, sa cause, selon nous, dans la mauvaise interprétation donnée par nos magistrats aux principes romains. Nous n'en voulons pour preuve que les motifs invoqués par l'arrêt de Cassation du 8 août 1026 : « Attendu que les lois romaines avaient proclamé le principe : *Veteres decreverunt testamentorum jura per se firma esse, non ex alieno arbitrio pendere* : et qu'il est de même, de principe, dans la législation actuelle, d'après l'Ordonnance de 1735, et les articles 895 et 967 du Code civil, que toute disposition au profit d'une personne incertaine, et laissée à la volonté d'un tiers, ne peut produire aucun effet. »

la Cour de cassation. L'un des considérants invoqués par la Cour suprême est typique au point de vue du système adopté par nos magistrats : N'est-il pas dit, en effet, que la Cour d'Aix a pu prononcer l'annulation de la disposition comme faite à une personne incertaine, et « laissée à la volonté d'un tiers, et ce, sans violer aucune loi, et en se conformant même au vœu de toutes les législations qui se sont succédé... » Lorsque l'on se rappelle l'accueil favorable fait à la faculté d'élire par les législations romaines et de notre ancien droit, il est permis de se demander comment la Cour suprême a pu écrire de pareilles énormités. Voy. à ce sujet, Delvincourt, *op. cit.*

Bien que l'espèce dont il s'agit sorte un peu du cadre de notre étude — il est question, en effet, d'une disposition *avec charge secrète* — qu'il nous soit permis, cependant, de relever les motifs de cet arrêt, qui furent également invoqués contre la faculté d'élire.

Ces motifs « d'une grande force », suivant l'expression de Bayle-Mouillard (1), nous paraissent, au contraire, d'une singulière faiblesse : non seulement il est étrange de voir citer, à côté des articles du Code civil, une Ordonnance royale, deux fois abrogée, mais il est plus surprenant encore d'entendre condamner la disposition dont il s'agit au nom des principes romains. La jurisprudence romaine, en effet, se conciliait aussi bien avec le fidéicommiss tacite qu'avec la *faculté d'élire* (2). Nos magistrats d'alors, qui avaient si souvent à la bouche le texte *Veteres decreverunt...*, ne semblent pas en avoir compris toute la portée : ils ne paraissent pas s'être aperçus que cette loi n'était qu'un *principe général*, qui, comme tel, devait souffrir des *exceptions* : parmi celles-ci, la faculté

(1) Bayle-Mouillard, *Traité des donations et des testaments*, 1^{re} partie, chap. III, n° 130 bis, p. 578.

(2) Voy., à ce sujet, la remarquable étude de M. Audouin (*op. cit.*), où cet auteur examine les dispositions secrètes en droit romain, et prouve, avec textes à l'appui, et contrairement à l'opinion courante, que de semblables dispositions étaient admises en droit romain.

d'élire. Il est probable que s'ils avaient donné à la loi romaine son véritable sens (1), nos magistrats n'auraient peut-être pas hésité à étendre leur interprétation à l'article 895 dont le sens se confond avec celui du texte précité. Mais ils étaient si loin d'une telle largeur de vues qu'ils condamnaient non seulement la faculté d'élire indéfinie, ce qui est logique, mais encore, contrairement aux lois romaines, la faculté d'élire limitée à une certaine catégorie de personnes : ainsi jugé par arrêt de la Cour d'Aix, en date du 9 février 1841 (2). En l'espèce, il s'agissait d'un legs fait par un mari à sa femme avec la clause suivante : « Je charge néanmoins ma dite épouse de disposer des biens que je lui donne, en ce qui concerne les immeubles seulement, en faveur d'un ou de plusieurs de mes parents, et de ceux en qui elle reconnaîtra le plus de mérite, à quelque degré que ce soit, à son choix. »

Cette jurisprudence a reçu sa confirmation à propos d'une affaire restée célèbre : le sieur Guy

(1) Quelques auteurs soutenaient cette jurisprudence, d'accord avec le système suivant lequel le droit romain n'aurait pas admis la faculté d'élire : « Aussi est-il constant en droit romain, écrit Rolland de Villargues, à une exception près, que le testateur ne peut commettre à un tiers, ni le choix de ses héritiers, ni le choix de ses légataires... Or telle est la règle que la législation nouvelle s'est appropriée... » (*Traité des substitutions*, p. 263).

(2) Dalloz, 41.2.160.

avait légué tous ses biens à deux enfants naturels, un garçon et une fille, pris dans l'un des hospices du département du Gers, sur le choix qu'en ferait la sœur supérieure de l'hôpital de Condom. Cette disposition fut annulée par arrêt de la Cour d'Agen du 25 novembre 1861, par ce motif qu'une telle disposition était entachée de faculté d'élire, et cela, bien que le choix, conféré au chargé d'élire, ne fût ni indéfini, ni indéterminé. L'hospice de Condom s'étant pourvu en cassation, la Cour suprême, par arrêt du 12 août 1863 (1), a confirmé la sentence de la Cour d'Agen : « Attendu, est-il dit, qu'aux termes de l'article 895 du Code civil, le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens... ; que le testateur doit donc choisir lui-même son légataire, et non pas abandonner le choix au libre arbitre d'un tiers, qui serait, en ce cas, le véritable disposant... que, dans tous les cas, il est nécessaire que la désignation soit suffisamment précisée pour manifester la volonté personnelle du testateur ; et attendu, en fait,... que la désignation des deux enfants est entièrement laissée au choix de la supérieure de l'hospice de Condom, à qui nulle indication précise n'est donnée, à qui nulle condition n'est imposée... »

(1) Sirey, 63.1 446.

Il résulte donc des arrêts précités que la jurisprudence, se fondant à la fois sur une fausse interprétation de l'article 895 du Code civil et des principes romains, rejetait absolument la faculté d'élire même limitée à un certain nombre de personnes (1).

Si absolue que fût, sur ce point, le système de la jurisprudence, la question apparaissait néanmoins plus délicate lorsque la faculté d'élire était liée à une charge de restitution, qui ne constituait cependant pas une substitution prohibée : la jurisprudence, en effet, avait tendance à la considérer comme valable, parce qu'elle ne concernait plus, disait-elle, la disposition principale, mais affectait plutôt *le mode de restitution*. C'est ainsi que les tribunaux validaient le legs fait à un hospice, sous condition d'entretenir un certain nombre de lits, dans l'intérêt des personnes qui seront successivement désignées par l'évêque diocé-

(1) Cette jurisprudence, d'ailleurs, avait des partisans parmi les membres les plus autorisés de la doctrine : certains auteurs, en effet, n'hésitaient pas à rejeter, à l'encontre des principes romains, la faculté d'élire *ex certo genere* : « ce moyen terme écrivaient Aubry et Rau, ne nous paraît pas admissible, alors, du moins, que la faculté d'élire s'applique à une disposition principale et en premier ordre, puisque la personne du légataire resterait toujours incertaine, en ce sens que la vocation de celui qui sera choisi pour profiter du legs n'émanerait pas du testateur lui-même » (Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. VII, § 655).

sain (Comp. Agen, 3 juillet 1854 (1), et Cass., 19 mars 1855) (2). De même, la jurisprudence n'hésitait pas à reconnaître comme valable le legs fait à une personne certaine, quoique des personnes incertaines soient appelées à bénéficier des biens par suite de l'exécution de la charge imposée (3).

Mais où la question se compliquait singulièrement — au point de diviser la Cour suprême elle-même — c'est lorsque le terme fixé pour la restitution était reculé *jusqu'à l'époque du décès du grevé*. N'y-t-il pas lieu de penser que l'on se trouve en

(1) Sirey, 54.2.465.

(2) Voy. Sirey, 55.1.548. — Cf. Paris, 12 mai 1852 (affaire Niatel).

(3) Voy. notamment : Cass., 1^{er} juillet 1861 (D. P. 61.1.257) ; Bourges, 11 janvier 1887 (D. P. 87.2.80) ; Nancy, 9 décembre 1891 (D. 92.2.270) ; Paris, 17 juin 1892 (D. P. 92.2.381). — Telle était aussi l'opinion des auteurs : « Ce que nous croyons seulement, avec nos honorables confrères, MM. Aubry et Rau, c'est que cette faculté d'élire *sub certa demonstratione* pourrait être admise, dans le cas où elle ne constituerait qu'une charge de restitution imposée à une disposition principale ; car celui ou ceux qui pourraient être élus par le légataire principal se trouveraient alors compris non pas dans la vocation, mais seulement dans la charge, et dans le mode d'exécution de cette charge. — C'est qu'en effet il ne faut pas confondre avec la faculté d'élire, telle que nous la croyons aujourd'hui prohibée, un legs fait à une personne certaine et déterminée, sous la charge d'en faire profiter des personnes incertaines et indéterminées, dont la désignation devrait être faite par un tiers : une telle disposition est, au contraire valable » (Demolombe XVIII, §§ 620 et 621). — Voy. aussi *supra* (chap. précédent) comment cette doctrine selon nous, devrait être rejetée.

présence d'une substitution prohibée, nettement caractérisée, et dans laquelle le grevé jouit de la faculté d'élire le substitué ?

La difficulté s'est présentée aux tribunaux à propos de l'affaire suivante : un testateur avait institué légataire universelle une personne déterminée, à charge par elle de conserver les immeubles de la succession, et de les transmettre, à sa mort, à celui des parents du disposant qu'elle jugerait le plus digne (1).

Les deux Chambres de la Cour de cassation qui, toutes deux, ont eu à connaître de la question, se sont prononcées en sens opposé : la Chambre des requêtes validant, par arrêt du 8 novembre 1847 (2), la disposition critiquée, mais déclarant *non écrite* la charge de rendre comme conçue de manière à laisser incertaine la personne du substitué ; la Chambre civile, dans un arrêt de rejet du 5 mars 1851 (3), décidant, au contraire, que cette charge entachait de substitution la libéralité dont il s'agit.

Les arguments allégués par chacune des chambres, à l'appui des systèmes adoptés, n'étaient pas

(1) Voy. à ce sujet la remarquable thèse de M. Audouin à laquelle nous empruntons une partie des arguments de cette controverse.

(2) Dalloz, P. 51.1.193.

(3) Dalloz, P. 51.1.194.

sans valeur : pour qu'il ait substitution, prétendait la Chambre des requêtes, il faut évidemment qu'il y ait charge de conserver et de rendre ; mais pour que la charge de rendre existe, il est nécessaire que la personne du substitué existe juridiquement, en un mot, soit suffisamment déterminée ; or, en l'espèce, cette dernière condition ne se trouve pas remplie : « Attendu que le caractère essentiel des substitutions prohibées consiste dans la charge de conserver et de rendre ; attendu qu'il est impossible de trouver dans la chose litigieuse une pareille obligation puisqu'elle est conçue de manière à laisser tout à fait incertaine la personne du prétendu substitué... » Au fond, le système de la Chambre des requêtes reposait sur ce fait, absolument contestable, que l'institué, étant libre de tarder, aussi longtemps qu'il le voulait, à se prononcer, la charge de rendre devenait en quelque sorte illusoire ; dès lors, il y avait lieu de considérer cette dernière clause comme n'existant pas, comme *non écrite* (arrêt d'Aix, 9 février 1841, précité) (1).

(1) Troplong paraît avoir approuvé l'arrêt dont il s'agit : « On a beaucoup critiqué, écrivait-il, ce dernier considérant. Mais en les combinant avec les faits du procès, n'est-il pas possible de le soutenir en disant que toute sa portée est de décider que le légataire était plutôt chargé d'un *fideicommiss* ; que son choix n'était pas obligatoire ; qu'il était libre de laisser arriver sa mort sans décider la question de mérite, aban-

Au contraire, selon la Chambre civile, il ne peut être question d'annuler la charge de rendre par incertitude dans la personne du substitué, lorsque celui-ci, comme en l'espèce, est compris dans une catégorie déterminée de personnes. Cette solution qui, contrairement à la précédente renversait le système adopté jusqu'alors au sujet des personnes incertaines *ex certis*, fut cependant admise, en dernier lieu par la Chambre des requêtes (1).

«... Attendu que la désignation nominale des appelés serait le plus souvent impossible, lorsqu'un testateur dispose pour des époques postérieures à sa mort, par l'effet d'une ou plusieurs substitutions ; mais qu'il suffit que les appelés soient classés dans des catégories déterminées qui ne permettent plus de considérer leurs personnes comme incertaines dans le sens de la loi, pour que *la charge de rendre à un tiers* soit reconnue ;... que c'est vainement encore qu'on voudrait assimiler la charge d'élire, imposée à son héritier, avec la faculté d'élire *in genere*, prohibée du 17 nivôse an II, par la raison que le droit de tester est personnel,

donnée à son appréciation » (Troplong, *Droit civil expliqué*, t. I, § 154). — Voy. dans le même sens : Rolland de Villargues, *op. cit.*

(1) Voy. arrêt du 28 février 1853 (D. P. 53.5.202). Dans le même sens, arrêt de Rennes du 19 mai 1849, et arrêt de rejet de la Chambre civile du 5 mars 1851.

et ne peut s'exercer par délégation : que la nullité de l'élection... » etc.

Que convient-il de penser de ces deux systèmes opposés ?

Nous n'hésitons pas, avec M. Audouin, à repousser le premier, par cette raison qu'il repose sur ce principe inadmissible « que le légataire chargé de rendre à des personnes, non expressément désignées dans le testament, ne serait pas tenu d'une obligation civile ».

Mais, tout en consentant à admettre avec le second système, que la clause critiquée constitue une substitution prohibée, et, comme telle doit être entièrement annulée (art. 896), nous rejetons cependant les motifs invoqués par l'arrêt précité.

Nous nous séparons d'abord de la théorie admise par l'arrêt de 1853, parce que la Cour suprême se refuse à voir dans le choix de l'appelé, abandonné à l'appréciation de l'institué, une manifestation de la faculté d'élire (arg. tiré des mots... « Que c'est vainement encore qu'on voudrait assimiler la charge d'élire... avec la faculté d'élire... »).

Raisonner ainsi, à nos yeux, c'est volontairement oublier que, sous notre ancienne législation, les substitutions fidéicommissaires constituaient le principal mode d'emploi de la faculté d'élire. Dans l'ancien droit, nous l'avons vu, la faculté d'élire apparaît comme le complément nécessaire

du système des substitutions. Et cela est si vrai que, lors du rétablissement partiel des substitutions par la loi du 17 mai 1826, la jurisprudence n'a pas craint de déclarer que cette loi avait implicitement rétabli la faculté d'élire. Ainsi jugé par arrêt de Riom, en date du 4 juin 1847 : « Considérant, est-il dit, que la liberté de disposer, accordée par cette loi, quoique fort restreinte, en la comparant à celle laissée au père de famille, dans l'ancienne législation, eût nécessairement manqué son but, si elle eût astreint le donateur à désigner lui-même, et sans laisser aucune incertitude sur celui ou ceux qui devraient recueillir le bénéfice de la substitution... »

Nous nous rallions pleinement, au contraire, au considérant invoqué par la Cour de cassation (2^e système) à savoir, qu'il suffit qu'une personne soit classée dans une catégorie déterminée pour n'être pas considérée comme incertaine, au sens de la loi.

M. Audouin, cependant, regrette ce dernier motif sous prétexte qu'il s'appuie sur une distinction très contestable, selon lui, dans notre droit moderne, entre les personnes incertaines en général et les personnes incertaines *ex certis*, et ouvre, par cela même, le champ à l'arbitraire : « A quel signe, demande-t-il, reconnaîtra-t-on qu'une catégorie de personnes présente ce caractère ? Dans

l'espèce, la faculté d'élire portait seulement sur les membres de la famille du testateur. Mais que décider, dans ce système, au cas où le disposant aura chargé son héritier de conserver les biens et de les rendre, à sa mort, à des pauvres de son choix, pris, soit dans une catégorie spéciale, soit dans l'ensemble des pauvres en général ? Cette catégorie de personnes, les pauvres, pour être plus étendue, n'est-elle pas tout aussi rigoureusement déterminée que la première ? La Chambre des requêtes, ajoute M. Audouin, ne l'a pas pensé ainsi, puis-que, par un arrêt postérieur de quelques années seulement au précédent (14 septembre 1864) (1), elle décide que l'institution faite à condition qu'à sa mort l'institué emploiera tous les biens légués au soulagement des malheureux, ne renferme pas une substitution prohibée comme laissant incertaine la personne du substitué... »

Nous répondrons simplement que la question de savoir « si la catégorie dans laquelle l'appelé doit être choisi est ou n'est pas suffisamment déterminée » constitue un point de fait soumis à la libre appréciation du juge. Il y aura, peut-être, dans la pratique, des décisions de jurisprudence contradictoires (2).

(1) Voy. D. P. 65.1.169.

(2) Voy. à ce sujet ce que dit Troplong (*op. cit.*) : « Il n'est pas toujours prudent de contrôler les appréciations de fait émanées des magistrats après un examen approfondi : on risque souvent de se tromper... »

Mais c'est le sort commun de toutes les questions de fait dont le magistrat est souverain appréciateur. Ce n'est pas une raison suffisante, à nos yeux, pour méconnaître la vérité qui émane de la distinction imposée par cet arrêt, entre les *personæ incertæ* et les *personæ incertæ ex certis*.

Mais il y a plus : nous estimons que *cette moindre incertitude* dans la personne de l'appelé est nécessaire pour que la disposition dont il s'agit puisse être taxée de substitution prohibée.

Selon M. Audouin, au contraire, le caractère essentiel de la substitution prohibée consistant dans la charge imposée au grevé de conserver et de rendre, il importe peu, pour la solution de la question, que les personnes, soumises au choix de l'héritier, appartiennent à une catégorie plus ou moins restreinte d'individus.

Ce système, à notre avis, peut difficilement se soutenir : il a contre lui l'esprit même de l'article 896. Il ne suffit pas de dire qu'il y a substitution lorsque l'institué est tenu de conserver et de rendre ; le grevé doit encore rendre à *quelqu'un*, à un tiers, dit l'article 896. Ce tiers doit donc être désigné avec une clarté suffisante pour que l'on sache à qui appartient l'action contre les héritiers de l'institué, au cas où celui-ci serait mort en omettant de désigner l'appelé. En un mot, la substitution serait boiteuse, incomplète, et, par suite

n'existerait pas juridiquement, si « le tiers », mentionné en l'article précité, n'était pas suffisamment certain pour donner à la charge dont parle notre article le caractère d'obligation juridique (1).

Il résulte donc, de cette remarque, qu'une incertitude trop grande dans la personne de l'appelé — ce dont, encore une fois, le juge est souverain appréciateur — devrait être taxée de faculté d'élire illimitée, et, par suite, la clause considérée simplement comme *non écrite* : ainsi jugé par arrêt d'Aix du 9 février 1841.

Il convient, d'ailleurs, de remarquer qu'on reconnaîtra, en fait, assez rarement dans une disposition avec charge de rendre à des personnes incertaines, une véritable substitution prohibée. La jurisprudence, de son côté, dans le but de maintenir le plus possible les testaments, s'efforce de voir, dans les dispositions de ce genre qui lui sont soumises, la simple *expression d'un vœu*, d'une *prière*, lorsque toutefois l'obligation de rendre

(1) Comparez ce que dit Demolombe à ce sujet : «..... l'article 896 n'exige pas que le tiers, auquel le grevé est chargé de rendre, soit individuellement désigné par le disposant lui-même ; ce qui est *nécessaire*, et ce qui *suffit*, c'est que la disposition impose au grevé la charge de rendre à un tiers que le disposant déclare avoir la volonté de gratifier après lui, en second ordre ; or la faculté d'élire (limitée) satisfait à cette condition... voilà comment la faculté d'élire a toujours été entendue en matière de substitution, et il est clair, dès lors, qu'elle *comporte charge de rendre au profit d'un tiers* » (Demolombe, § 106).

est plutôt conçue en termes précatifs qu'impératifs (1).

L'appelé perd peut-être, de cette façon, toute garantie, mais il y gagne l'*espoir*, si l'institué mérite vraiment la confiance du testateur, de profiter ainsi de la substitution.

On voit, par ce court exposé, combien est profond le désarroi de la jurisprudence relativement à la question qui nous occupe : d'une part, la majorité des arrêts, se fondant sur l'article 895, et les débris des lois de l'an II, essayent, à toute

(1) Voy. notamment : Cass., 8 juillet 1834 (D. 34.1.37, S. 34.1.754) ; Cass., 16 mars 1875 (D. 75.1.483, S. 75.1.150). — Voy. également le changement survenu, dans la jurisprudence, depuis 1827, relativement au fidéicommiss *de residuo* ou *de eo quod supererit*. Ce changement complet de solution accuse, une fois de plus, le parti pris des tribunaux de faciliter des combinaisons qui ne leur paraissent présenter aucun danger, bien qu'elles rentrent dans les termes de l'article 896. Que ne font-ils de même relativement à la faculté d'élire de l'article 895 ? — Voy. aussi comment le même mouvement de la jurisprudence s'est étendu à l'emploi des dispositions en usufruit (art. 899), et à l'emploi du legs conditionnel pour remplacer la substitution prohibée. Cette jurisprudence tolérante, qui ne fait qu'accentuer le mouvement de réaction contre l'intransigeance des lois révolutionnaires, est ainsi en complet désaccord avec les arrêts modernes, qui s'acharnent contre la faculté d'élire, sous le prétexte qu'elle fut abrogée par la loi de nivôse. — Il est permis de remarquer que la faculté d'élire est cependant une institution beaucoup moins dangereuse que la substitution. Cette étrange évolution de la jurisprudence moderne est longuement analysée par M. Ed. Lambert, dans son remarquable travail : *De l'exhérédation*, nos 771 à 882.

force, de faire croire à l'abrogation de la faculté d'élire; d'autre part — et cela prouve combien sont faibles les arguments sur lesquels s'appuie le système dont il s'agit — quelques-unes de nos Cours, frappées sans doute de la logique toute romaine d'une telle faculté, n'hésitent pas à valider certains legs faits ouvertement avec faculté d'élire (1).

Mais où le parti pris apparaît plus choquant encore, c'est lorsque l'on compare la théorie de la *fondation par testament*, élaborée tout entière par la jurisprudence, avec la théorie de la faculté d'élire, telle que nos tribunaux se refusent à l'admettre.

Le rapprochement de ces deux systèmes conduit à ce singulier résultat que, d'une part, il est permis de faire un legs à une personne physique ou morale, à charge d'en consacrer le montant à la fondation d'une œuvre déterminée (2); mais qu'en revanche il est interdit de léguer à une personne physique ou morale, à charge par elle d'employer le montant du legs (capital et inté-

(1) Voy. notamment : Metz, 13 mai 1864 (D. 64.2.169, S. 64.2.132).

(2) Voy. en ce sens : Caen, 12 novembre 1869 (S. 70.2.145), et la note de M. Labbé; Cass., 21 juin 1870 (S. 70.1.367), et le rapport de M. Dagallier; 8 avril 1874 (S. 74.1.258), et le rapport de M. Sallé, etc. Il y a de très nombreux arrêts sur la question.

rêts) (1) à gratifier la personne qu'elle choisira dans une catégorie déterminée par le testateur (2).

On s'aperçoit alors que les raisons qui, aux yeux de la jurisprudence, militent en faveur de la première disposition, sont précisément celles qu'elle repousse lorsqu'il s'agit de la faculté d'élire.

Cette différence n'est, cependant, admissible, à aucun point de vue ; en équité, il est étrange que la volonté du testateur de se servir d'un intermédiaire de confiance pour faire parvenir sa libéralité au destinataire soit respectée dans un cas et ne le soit pas dans l'autre ; d'autre part, il paraît impossible de justifier cette même inégalité au point de vue purement juridique : les motifs qui

(1) Voy. les arrêts précédemment étudiés.

(2) Si, en effet, la charge ne comprenait que l'emploi des arrérages, il n'y aurait pas, selon les tribunaux, faculté d'élire, mais fondation et la disposition serait valable. Ainsi jugé, par arrêt de Caen du 9 juillet 1896, à propos d'un testament d'après lequel le testateur avait décidé que le surplus de sa fortune serait employé par une ville, instituée légataire universelle, à constituer une rente perpétuelle dont les revenus serviraient à *doter une jeune fille pauvre et honnête* de cette ville, laquelle jeune fille serait désignée par l'évêque diocésain. Contrairement à toute attente, la Cour de Caen a interprété cette clause, non pas en ce sens que le surplus de la fortune doit être attribuée, *en une fois*, à une seule jeune fille, mais en ce sens que les arrérages doivent être employés à constituer *successivement* des dots annuelles. Par conséquent, le legs dont il s'agit ne saurait être annulé par le motif qu'il conférerait à un tiers la faculté d'élire.

légitiment, en droit, la fondation et la faculté d'élire ne sont-ils pas identiquement les mêmes ?

Pourquoi, en effet, le legs à charge de fondation est-il reconnu valable ! — C'est, dit-on, que le Code civil, s'il n'a pas, comme le Code allemand par exemple, réglementé en ces articles la matière dont il s'agit, ne s'est pas, du moins, expressément opposé à la construction juridique élaborée de toutes pièces par la jurisprudence. On corrobore cet argument en ajoutant qu'il serait irrationnel d'interdire au testateur de confier à un tiers la mission de fonder l'établissement qu'il aurait pu, lui-même créer de son vivant, si la mort peut-être ne l'en avait empêché.

Nous ne contestons pas la valeur de tels arguments. Il est seulement permis de se demander pourquoi la faculté d'élire, que ne condamne pas non plus expressément le Code civil, n'est pas admise, au même titre, par la jurisprudence ? Pourquoi refuser au testateur le droit de charger un tiers d'élire celui des parents du testateur qu'il jugera digne, alors que la jurisprudence reconnaît au même testateur le droit de charger un tiers de la fondation d'un établissement déterminé ?

Il ne servirait à rien d'objecter que le testament doit être l'expression de la volonté même du testateur ; que par suite, le bénéficiaire, qui n'est pas individuellement désigné par le disposant, ne

tient pas sa libéralité du testateur lui-même, mais du tiers chargé d'élire (1). Nous l'avons dit (voy. *suprà*, 3^e partie, chap. 1), cela est faux : le tiers chargé d'élire ne fait qu'exécuter la volonté du testateur au même titre que le tiers, chargé d'une fondation par le testament. Affirmer le contraire serait aussi illogique que si l'on disait que la fondation n'est pas l'œuvre du testateur, mais du tiers chargé de l'organiser. Il l'organise parce que telle est la volonté du disposant : eh bien ! le tiers chargé d'élire exerce son choix dans une catégorie de personnes parce que telle est la volonté du testateur.

Il serait inutile d'objecter que la personne à élire comme légataire est incertaine et peut être *incapable*. Outre qu'il est exagéré de considérer comme incertaine une *persona incerta ex certis personis*, il est encore plus étrange de remarquer que cette objection, si forte en apparence, s'adresse plus particulièrement à l'hypothèse de la fondation, sans que, cependant, la jurisprudence en tienne compte : « Si, en effet, écrit M. Wahl (2), la personne à élire comme légataire est incertaine et *peut être incapable*, les personnes à élire annuellement pour recueillir les

(1) Voy. Agen, 25 novembre 1861, précité (S. 62.2.17), et la note.

(2) Wahl, *loc. cit.*

arrérages du legs sont *certainement* presque toutes incapables, puisque, au bout d'un certain nombre d'années, on attribuera ces arrérages à des personnes qui, lors du décès du testateur, ne sont pas encore conçues. Si donc le legs devait être nul, dans la première hypothèse, il le serait à plus forte raison dans la seconde. »

On voit combien est profonde la contradiction qui s'élève entre les solutions adoptées par la jurisprudence au sujet de deux théories que les mêmes raisons justifient.

Selon M. Wahl, cette divergence d'opinions s'expliquerait historiquement : la validité du legs à charge d'élection fut discutée à une époque où beaucoup de nos auteurs subissaient encore l'ascendant des lois de l'an II, et plaidée devant des magistrats dont le siège était fait. La théorie de la fondation par testament, au contraire, n'a pris naissance que beaucoup plus tard, et fut, par suite, élaborée avec la plus grande largeur de vue. N'est-il pas, dès lors, naturel que les deux systèmes se soient développés en sens contraire, bien qu'au fond, cependant, en les rapprochant, comme nous venons de le faire, il soit facile de voir que l'un justifie l'autre (1).

(1) Il est intéressant de remarquer qu'en Belgique, où notre Code civil est encore en vigueur, la même incertitude et les mêmes contradictions se retrouvent dans les arrêts de la juris-

prudence belge. D'une façon générale, les auteurs et la jurisprudence de ce pays, se fondant sur l'article 895, considèrent la faculté d'élire comme implicitement abrogée. Néanmoins, la faculté d'élire apparaît comme si naturelle, et son abrogation entraînerait parfois tant d'iniquités que les tribunaux belges, à maintes reprises, n'ont pas hésité à valider certains testaments entachés ouvertement de faculté d'élire. Les *Pandectes belges* (t. LVIII, col. 104, §§ 20 et suiv.) rapportent, entre autres, qu'un testateur avait institué exécuteurs testamentaires les quatre juges de paix d'une ville avec mission de désigner soixante-quinze vieillards nécessaires, en faveur desquels le testateur faisait un legs. Il était évident qu'il y avait là faculté d'élire *sub certa demonstratione*. Malgré cela, se plaçant au point de vue de l'obligation pour le testateur de désigner le légataire, les décisions intervenues statuèrent que la mission conférée aux exécuteurs testamentaires ne pouvait être considérée que comme le mode d'exécution de libéralités faites à des personnes certaines ; qu'elle ne substituait pas à la volonté du testateur un pouvoir arbitraire d'élire, confié aux exécuteurs testamentaires.

De même un testateur avait fait un legs en faveur d'un hospice à désigner par un tiers. En première instance, le legs fut validé : le tribunal admit que les pauvres de l'hospice désigné devaient recueillir en vertu de la volonté propre du testateur (Namur, 24 février 1868, *B. J.*, p. 503).

Les *Pandectes belges* rapportent encore l'exemple suivant : un testateur avait fait un legs aux enfants et descendants d'une personne nominativement déterminée « suivant le partage et la proportion que cette personne jugera le plus convenable ». — Cette disposition, qui avait pour effet de faire régler par un tiers l'étendue du droit à l'objet légué, était évidemment entachée de faculté d'élire. Néanmoins, les tribunaux belges admirent cette façon de disposer, par cette raison que le testateur avait directement et pleinement manifesté sa volonté personnelle quant à la désignation des légataires et de la chose léguée, et n'avait laissé à la détermination du tiers que la répartition de la chose léguée. Il faut reconnaître, avec le rédacteur des *Pandectes belges*, que si cette solution est juridique, c'est que la loi est bien défectueuse ; car l'abdication de volonté, de la part du testateur, si elle n'est complète, conduit cependant à des résultats qui diffèrent peu, en réalité, de ceux que produiraient la faculté d'élire.

CONCLUSION

Malgré l'autorité qui s'attache au système suivi par les arrêts de la Cour suprême, et préconisé par les grands noms de la doctrine, nous croyons, cependant, devoir le rejeter.

Nous avons déjà vu (1) que, *théoriquement*, le système admis par les auteurs n'était pas aussi solide qu'il en a l'air : le fameux article 895, pivot de toute cette discussion, ne dit pas tout ce qu'on prétend lui faire dire ; la loi de nivôse, à son tour, ne saurait être valablement invoquée ; enfin les travaux préparatoires du Code civil sont d'un si faible poids qu'il vaudrait mieux n'en pas parler, tant les paroles du tribun Jaubert prêtent à la critique. Que reste-t-il alors de tout cet échafaudage d'arguments, élevé à grand'peine, par nos meilleurs auteurs, contre la faculté d'élire ?

D'autre part, nous avons vu (2) que, *pratiquement* la question n'est pas mieux résolue : la jurisprudence qui a adopté, les yeux fermés, le système des auteurs, se débat au milieu d'un tel fouillis de

(1) *Suprà*, 3^e partie, chap. I.

(2) *Suprà*, 3^e partie, chap. II.

contradictions qu'elle ne s'aperçoit pas qu'elle se condamne elle-même.

En présence de résultats si peu encourageants, il est visible qu'il n'existe aucun motif sérieux, *d'ordre théorique ou pratique*, qui permette d'accepter la solution généralement admise.

Pour nous, nous serions volontiers tentés d'en revenir aux principes romains qui, à nos *yeux*, peuvent parfaitement se concilier avec l'esprit du droit moderne. Ce ne serait d'ailleurs pas la première fois, qu'après des tâtonnements infructueux, on retournerait aux sentences des Prudents de l'ancienne Rome dont les théories souples, et toujours logiques ont contribué à la gloire du droit romain.

Les cas où la jurisprudence elle-même a fait, de son propre mouvement, appel à l'origine romaine des articles du Code civil pour les interpréter selon leur véritable sens, ne sont pas aussi rares qu'on pourrait peut-être le supposer. Pour ne citer qu'un exemple, choisi dans la matière des testaments, on sait que, d'après les articles 843 et 919, la dispense de rapport doit être *expresse* : il eût été naturel de conclure de ces textes que la dispense devait résulter d'une *déclaration expresse*, et par suite d'un *acte écrit*.

Malgré cela, la jurisprudence a interprété le mot *expressément* d'après le sens des textes latins et

de notre ancien droit auxquels les articles précités sont empruntés ; ce mot *expressément*, employé en cette circonstance par le Code civil, n'étant pour nos tribunaux (1) que la traduction du mot *expressim*, porté à la Nouvelle 18 (chap. vi) doit conserver le sens latin, et signifier simplement que la volonté du testateur doit être certaine et *manifeste* : on conclut naturellement de là que la dispense de rapport peut parfois être *tacite*.

Pourquoi, dans le cas qui nous occupe, ne consentirait-on pas à interpréter l'article 895, conformément à la tradition romaine, et à ne voir en lui que la traduction de la définition romaine du testament : *Testamentum est voluntatis nostræ juxta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit* (L. 1, Digeste, *de testamentis*) ? (2).

Si tel était le sens de l'article 895 il serait facile d'aller jusqu'au bout, et d'appliquer relativement à la faculté d'élire, l'antique distinction entre les *personæ incertæ*, et les *personæ incertæ ex certis*

(1) Voy. en ce sens : Cass., 5 avril 1854 (S. 54.1.541) ; Paris, 13 novembre 1893 (D. 94.2.70, S. 54.2.104) ; Cass., 11 janvier 1897 (D. 97.1.473) ; Douai, 8 juillet 1897 (D. 99.2.73).

(2) La similitude des termes employés par notre article 895 et la phrase de Justinien est si frappante que les auteurs, même les plus opposés à la faculté d'élire, ont dû cependant en convenir. — Voy. en ce sens : Rolland de Villargues, *Traité des substitutions*, p. 262, en note : « Les articles 895 et 663 du Code civil, dit-il, après avoir cité le texte dont nous parlons, sont conçus dans le même sens ».

personis : on annulerait comme fait au profit d'une personne indéterminée la disposition *cui heres voluerit* ; mais on validerait, à l'exemple de notre ancienne jurisprudence, ces sortes de legs, lorsque le choix serait circonscrit dans une catégorie de personnes déterminée par le testateur.

Certains auteurs se refusent à admettre cette distinction traditionnelle, qu'ils acceptent, cependant, lorsqu'il s'agit de fondations et de distributions d'aumônes. Quelques-uns vont même jusqu'à la qualifier d'*inadmissible* (1). Pourquoi ? Les adversaires de la faculté d'élire ne semblent pas s'être clairement expliqués à ce sujet. Le plus souvent, ils se contentent de repousser cette condition sans justifier leur refus. Demolombe (2) dit simplement « qu'il lui serait difficile d'admettre cette distinction », rien de plus. Une pareille difficulté à motiver leur système, n'est-ce pas, de la part des adversaires de la faculté d'élire, un aveu d'impuissance ?

Dalloz (3), il est vrai, essaie de combattre l'opinion que nous adoptons en demandant « par quelle principe de notre droit civil une pareille distinction peut se justifier » ? Il est facile de répondre que si cette distinction n'est pas expressément

(1) Wahl, note précitée, *in fine*.

(2) Demolombe, *op. cit.*

(3) Dalloz, *Rép.*, V^o *Faculté d'élire*.

imposée par quelque texte de notre Code civil, du moins elle n'est contredite par aucun, puisqu'il n'existe, dans nos lois, aucune définition des personnes incertaines, ni aucune indication qui permette de construire cette définition. Et la preuve d'ailleurs, que la distinction dont il s'agit s'harmonise parfaitement avec l'esprit du droit moderne, c'est qu'elle est unanimement admise en matière de fondations et de distributions d'aumônes. « Quand on parle de la pureté des principes, écrit justement Troplong (1), on oublie qu'ils ne condamnent que les legs où le choix de la personne n'est limité par rien, et non pas ceux où ce choix est restreint dans une certaine classe d'individus... »

Néanmoins, les adversaires de la faculté d'élire repoussent encore le système de Troplong, sous prétexte des difficultés qu'il est susceptible, à leurs yeux, d'entraîner dans la pratique : « Ce n'est pas tout, ajoute Dalloz ; suffira-t-il qu'il y ait une limite quelconque à la liberté du choix pour que la disposition soit valable ? Supposons qu'au lieu de conférer au tiers le pouvoir d'élire entre les membres de telle famille, le testateur ait laissé la liberté du choix entre les habitants de telle commune, de tel canton, de tel département, la clause sera-t-elle valable ? » — Nous croyons avoir déjà répondu à

(1) Troplong, *op. cit.*

cette objection (1). Il est certain que lorsque la catégorie de personnes, dans laquelle le choix doit s'exercer, devient par trop vaste, on risque de tomber dans la faculté d'élire illimitée ; en tout, il faut nécessairement une mesure. Montvalon, nous l'avons vu (2), faisait déjà cette remarque, sous notre ancienne législation. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour proscrire la faculté d'élire. En cas de contestation, il est évident que ce serait aux tribunaux qu'il appartiendrait de trancher la difficulté. On objectera, sans doute, qu'on tombera alors dans l'arbitraire. — Il y aura peut-être, en effet, des solutions contradictoires. C'est le propre, nous l'avons déjà dit, de toutes les questions de fait soumises à l'appréciation du magistrat. Il faut bien se résoudre à supporter cet inconvénient : nul ne songe, par exemple, à proscrire le divorce sous prétexte que les magistrats, souverains appréciateurs de l'*injure grave*, ont parfois jugé la question de façons quelque peu divergentes. Pourquoi se montrerait-on plus rigoureux relativement aux questions de fait soulevées par l'exercice de la faculté d'élire *sub certa demonstratione* ?

Et même, ne conviendrait-il pas, dans un certain sens, d'aller plus loin encore que le droit ro-

(1) Voy. *suprà*, 3^e partie. chap. II.

(2) Voy. *suprà*, 2^e partie.

main ? Est-il véritablement nécessaire, comme nous l'avons supposé jusqu'ici, que la catégorie de personnes, où le choix doit être fait, soit strictement limitée ? Cela nous paraît douteux. Il semble que les conditions du choix soient une limitation suffisante, pourvu seulement que la catégorie des appelés ne soit pas trop vaste pour rendre tout choix sérieux impossible.

On le voit, le système suivant lequel la faculté d'élire est compatible avec notre droit moderne, s'appuie sur des motifs dont la valeur n'a pas toujours été suffisamment appréciée.

Notre système, au contraire, s'il était adopté, aurait pour conséquences un certain nombre d'avantages juridiques dont il importe de mesurer l'étendue : tout d'abord, il mettrait un terme aux contradictions que nous avons signalées, en exposant l'évolution de la jurisprudence moderne relativement à la faculté d'élire ; ensuite, il permettrait de maintenir nombre de testaments, entachés de faculté d'élire, ce qui serait conforme à cette règle de droit naturel, à cette idée antique qu'il y a lieu d'interpréter les testaments *potius ut valeant quam ut pereant* : « C'est un principe sans contredit, écrit Ricard (1), que les volontés des défunts doivent être *aidées* et expliquées favorablement autant

(1) Ricard, *op. cit.*

qu'on le peut faire, sans blesser les termes et le sens des paroles dont ils se sont servis, pour donner effet à leurs dispositions. »

De même — et c'est encore un résultat qui mérite d'être apprécié — le chargé d'élire se rapprocherait ainsi de l'exécuteur testamentaire auquel notre droit actuel assigne un rôle vraiment trop étroit, et incapable de répondre aux besoins de la société moderne. La faculté d'élire aurait donc pour conséquence de créer, à côté de l'exécuteur testamentaire légal, aux pouvoirs restreints, un exécuteur testamentaire dont les pouvoirs sont plus en rapport avec l'étendue actuelle du droit de tester.

Enfin, notre théorie de la faculté d'élire aurait, si on l'envisage dans tous ses avantages, l'heureuse influence d'étendre, en la complétant, la théorie de la fondation. Ce résultat considérable a été aperçu et signalé par M. Wahl, en des termes qui méritent d'être rappelés (1) : « La solution que nous proposons, écrit-il, complétera la théorie de la fondation ; le legs *sub modo* est considéré, en général, comme permettant, d'une manière complète, la création, par la volonté du défunt, d'une entreprise d'intérêt général dont la perpétuité sera le caractère essentiel. Les observations qui précè-

(1) Note précitée, sous arrêt de Caen, 9 juillet 1896.

dent montrent qu'il n'en est rien : la fondation ne pouvant pas, comme en certains pays étrangers, être créée et dotée de la personnalité morale ; la jurisprudence subordonnant la validité de la fondation à la création d'une personne morale, la fondation devient impossible toutes les fois qu'elle porte sur un objet dont la nature met obstacle à cette création ; tels sont les cas de prix et de récompenses à distribuer ; la personne morale, chargée de les distribuer ne peut ériger le capital en une autre personne morale, nos lois ne prévoyant pas cette sorte de cristallisation ou de personnification d'un capital ; elle ne peut que se charger elle-même de l'*administration du capital* ; *la théorie de la fondation ne suffit pas, et, pour que la personne morale soit juridiquement en droit de recevoir cette sorte de legs, la reconnaissance de la validité du legs à charge d'élection est nécessaire.* Un dernier pas reste donc à franchir, qui, en même temps qu'il supprimera une contradiction dans la jurisprudence, complétera, nous le répétons, la théorie de la fondation... »

En présence d'arguments aussi favorables, il est peut-être permis d'espérer, avec le même auteur, que si, à l'heure actuelle, et, à l'aide de notre système, « on essayait de soutenir la nullité des libéralités faites à l'Académie française pour décerner des prix annuels de vertu, aux villes pour

doter les filles pauvres, à l'Etat pour secourir les savants, si même, étendant avec la Cour de Caen la théorie de la fondation, on attaquait simplement la validité des legs faits à un corps constitué pour être distribués *d'un seul coup* à l'auteur d'une grande découverte scientifique, la jurisprudence se ressaisirait, et donnerait une solution qui impliquerait la validité du legs à charge d'élection ».

Il reste donc à compléter la théorie de la fondation par celle de la faculté d'élire. Ce dernier pas à franchir est une nécessité pour la jurisprudence, en présence du nombre toujours croissant des legs d'utilité sociale, qui, le plus souvent, engendrent, comme les legs pieux de l'ancien droit, l'emploi de la faculté d'élire.

Ainsi disparaîtrait enfin une des contradictions les plus choquantes du droit moderne.

Vu :

Le Président de la Thèse,
A. BOISTEL.

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE. — De la faculté d'élire en droit romain	9
CHAPITRE UNIQUE	9
DEUXIÈME PARTIE. — De la faculté d'élire dans l'ancien droit.	25
CHAPITRE PREMIER. — De la faculté d'élire en général.	25
CHAPITRE II. — Des difficultés soulevées, dans l'ancien droit, par la faculté d'élire portant sur la charge de restitution attachée à une disposition principale	33
TROISIÈME PARTIE. — De la faculté d'élire en droit moderne	51
CHAPITRE PREMIER. — Le Code civil a-t-il rétabli la fa- culté d'élire ?	51
CHAPITRE II. — Exposé de la jurisprudence moderne re- lativement à la faculté d'élire	67
CONCLUSION	91

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
